

Utvelgelseskrets ved nedbemanning

Kandidatnummer: 533

Veileder: Henning Jakhell

Leveringsfrist: 27.11.06

Til sammen 17.966 ord

08.06.2007

Forord

I mitt arbeid på rettshjelpstiltaket Juss-Buss ble jeg presentert for oppgavens hovedproblemstilling. Jeg opplevde at tema var lite behandlet, noe som vakte min interesse og senere førte til arbeidet med denne oppgaven. Jeg har lært mye.

Det er flere jeg ønsker å takke nå som oppgaven er ferdig. Først vil jeg takke min veileder Henning Jakhelln for gode spørsmål og innspill underveis. Takk til arbeidsrettsavdelingen i Arntzen de Besche for kontorplass, god lunsj og hyggelig samvær. Det har vært inspirerende å være tilknyttet det faglige miljøet og kompetansen i denne avdelingen. Takk til stud.jur. Jeanette Westlund for gjennomlesning og konstruktive kommentarer. Til sist en stor takk til Thale Rasmussen for tålmodig korrekturlesning.

Oslo, 27. november 2006

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-----------------|--|------------------|
| <u>1</u> | <u>INNLEDNING</u> | <u>1</u> |
| 1.1 | Tema og problemstilling | 1 |
| 1.2 | Bakgrunn | 1 |
| 1.3 | Aktualitet | 2 |
| 1.4 | Metode | 3 |
| 1.5 | Avgrensninger | 3 |
| 1.6 | Hva er nedbemanning | 4 |
| <u>2</u> | <u>ALLMENT OM REELLE HENSYN</u> | <u>4</u> |
| 2.1 | Arbeidsgiver og virksomheten | 5 |
| 2.2 | Arbeidstaker | 7 |
| 2.3 | Andre hensyn | 8 |
| <u>3</u> | <u>SPESIFIKKE REELLE HENSYN</u> | <u>10</u> |
| 3.1 | Momenter | 11 |
| 3.1.1 | Selvstendighet | 11 |
| 3.1.2 | Andre forhold | 14 |
| <u>4</u> | <u>VIRKSOMHETSBEGREPET</u> | <u>17</u> |
| 4.1 | Ansvarsgjennombrudd og virksomhetsbegrepets rekkevidde | 19 |
| 4.1.1 | Utgangspunkt | 19 |

| | | |
|------------------|--|------------------|
| 4.1.2 | Arbeidsgiverbegrepet | 20 |
| 4.1.3 | Virksomhetsbegrepet | 30 |
| 4.1.4 | Konserninterne arbeidsmarkeder | 32 |
| 4.2 | Avgrensning av utvelgelseskrets | 35 |
| 4.3 | Virksomhetsbegrepets reelle betydning | 44 |
| <u>5</u> | <u>SAKLIGHETSVURDERING</u> | <u>47</u> |
| 5.1 | Forholdet til tariffavtaler | 56 |
| <u>6</u> | <u>ANNET PASSENDE ARBEID</u> | <u>60</u> |
| <u>7</u> | <u>KONKLUSJON</u> | <u>62</u> |
| <u>8</u> | <u>LITTERATURLISTE</u> | <u>63</u> |
| 8.1 | Bøker | 63 |
| 8.2 | Artikler | 64 |
| <u>9</u> | <u>LOVREGISTER</u> | <u>64</u> |
| <u>10</u> | <u>DIREKTIV</u> | <u>65</u> |
| <u>11</u> | <u>RETTSPRAKSIS</u> | <u>65</u> |
| 11.1 | Høyesterettsdommer/kjennelser | 65 |
| 11.2 | Lagmannsrettsdommer | 65 |
| 11.3 | Tingrettsdommer | 66 |
| 11.4 | Dommer i Arbeidsretten | 66 |

| | | |
|------------------|-------------------------------------|------------------|
| <u>12</u> | <u>OFFENTLIGE DOKUMENTER</u> | <u>66</u> |
|------------------|-------------------------------------|------------------|

| | | |
|------------------|-----------------------|------------------|
| <u>13</u> | <u>VEDLEGG</u> | <u>67</u> |
|------------------|-----------------------|------------------|

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

I oppgaven vil jeg undersøke i hvilken utstrekning arbeidsgiver under nedbemanning har adgang til å begrense prosessen til utvalgte avdelinger og enheter i foretaket.

Jeg vil behandle både virksomhetsbegrepets betydning for rammen av utvelgelseskretsen, og adgangen til å begrense utvelgelseskretsen i saklighetskravet.

I behandlingen av virksomhetsbegrepet, vil jeg vurdere spørsmålet om ansvarsgjennombrudd i konsernforhold og inndeling av selvstendige enheter innenfor et juridisk subjekt.

Videre vil jeg vurdere om det er adgang til å begrense utvelgelseskretsen ved en selvstendig saklighetsvurdering av selve kretsen, eller om det må foretas en konkret vurdering av hvorvidt forhold ved virksomheten kan tale for at bedre stilte kandidater mottar oppsigelse mens andre beholder arbeidet. Med andre ord om det kreves en konkret interesseavveining mellom virksomhetens behov og arbeidstakerens ulemper ved oppsigelsen.

1.2 Bakgrunn

I det arbeidsgiver har truffet beslutningen om å nedbemanne, vil man oftest prøve å fremforhandle sluttpakker og førtidspensjonerings. Dersom det fremdeles er behov for å kutte arbeidsstokken, vil arbeidsgiver gå til oppsigelser av de ansatte. Utgangspunktet er at man skal vurdere alle virksomhetens ansatte opp mot hverandre ut fra en konsekvent og rettferdig anvendelse av saklige kriterier. Det er viktig at det resultatet man kommer frem til bygger på en forsvarlig saksbehandling. Ved å bruke mye tid i denne fasen vil bedriften

totalt sett kunne spare betydelige ressurser. En ryddig prosess er en forutsetning for å holde konfliktnivået så lavt som mulig.

I rettspraksis er det, i visse tilfeller og etter en konkret vurdering, gitt anledning til å fravike prinsippet om å vurdere alle foretakets ansatte opp mot hverandre. Man kan i enkelte tilfeller avgrense deler av foretaket ved å dele den opp i ulike utvelgelseskreter, for så å foreta utvelgelsen innenfor disse. Det er denne adgangen jeg ønsker å belyse i oppgaven.

1.3 Aktualitet

I dag stilles det svært strenge krav til inntjening i virksomheter, og marginene er ofte knappe. Lønnskostnadene er som regel, om ikke den største, så i hvert fall en av de største utgiftspostene i norske foretak. Reduksjon og effektivisering i arbeidsstokken vil derfor innebære en effektiv kutt i kostnadene. Det stilles strengere krav til omstillingsevne blant virksomheter i et høyteknologisk samfunn, hvor det stadig utvikles nye og mer effektive produksjonsmetoder, og andre hjelpemidler i arbeidet. Nedbemanning i virksomheter er således noe som ofte omtales i mediene. Først og fremst i nedgangstider, men også i perioder hvor økonomien går godt.

Ved nedbemanning i større virksomheter vil det ikke være gjennomførbart, eller i det minste svært tidkrevende og tungvint å veie alle de ansatte opp mot hverandre. En avgrensning av kretsen vil gjøre det lettere for ledelsen å skape den organisasjonsstrukturen de ønsker, og eventuelt skjule usaklig forskjellsbehandling ved en eventuell utvelgelse. En effektiv nedbemanning kan gå på bekostning av de ansattes oppsigelsesvern som er sikret gjennom lovgivningen. Vurderingen av om arbeidsgiver har eller ikke har adgang til å begrense utvelgelsen til en bestemt krets i virksomheten, har derfor avgjørende betydning for hvordan nedbemanningen gjennomføres, og hvilke fordeler virksomheten kan høste av prosessen.

1.4 Metode

Vilkårene for å avgrense utvelgelsen til en bestemt utvelgelseskrets kan ikke direkte leses i lovens ordlyd eller i noen forskrifter. Samtidig tar forarbeidene i begrenset grad opp problemstillingen. Adgangen er utviklet gjennom rettspraksis, og tolkes ut av aml.§15-7. Første ledd lyder som følger: *"Arbeidstaker kan ikke sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold."* Denne bestemmelsen viderefører aml.(1977)§60,¹ noe som innebærer at tidligere praksis og forarbeider har relevans for forståelsen av bestemmelsen. Bestemmelsen understreker at en oppsigelse må ha et saklig grunnlag. I annet ledd står det at en oppsigelse ved nedbemanning ikke er saklig hvis det finnes annet passende arbeid for arbeidstaker i virksomheten. Ordlyden sier således ingen ting om adgangen til å begrense utvelgelsen av de ansatte til en bestemt krets.

En skal også merke seg at det store flertall av uoverensstemmelser i nedbemanningssaker løses ved minnelighet. Dette innebærer at rettspraksisen ikke er fullt så omfattende som en skulle anta. Den rettspraksis som finnes om nedbemanning, tar i hovedsak opp spørsmål om selve utvelgelsen, og sjelden spørsmålet om innenfor hvilken krets utvelgelsen skal foretas. Utvelgelseskretsen, og avgrensningen av denne, er samtidig lite behandlet i litteraturen. Oppgaven vil derfor baseres på foreliggende rettspraksis og reelle hensyn.

1.5 Avgrensninger

I oppgaven har jeg valgt å ta for meg spørsmål om utvelgelseskrets i privat sektor.

Selv om det til tider er vanskelig å skille mellom fastsettelse av utvelgelseskrets og valg av utvelgelseskriterier har jeg valgt å ikke behandle sistnevnte. Jeg vil i stedet se på sammenhengen mellom disse. Bakgrunnen er at temaet er utførlig behandlet i juridisk teori. I den forbindelse vil jeg heller ikke ta opp spørsmålet om betydning av avdelingsansiennitet.

¹ Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.335

Jeg vil ikke foreta noen omfattende analyse av spørsmålet om annet passende arbeide. Spørsmålet behandles i korthet ut fra hva som er relevant for oppgavens problemstilling.

1.6 Hva er nedbemanning

Med nedbemanning forstås nedskjæringer i arbeidsstokken begrunnet i virksomhetens forhold. Etter aml.§15-7 skal slike oppsigelser være saklig begrunnet. Bestemmelsen stiller krav til grunnlaget for og omfanget av nedbemanningen, samt utvelgelsen av de ansatte som må gå. Hver oppsigelse skal behandles konkret. Dette fremgår i forarbeidene til aml.(1977), Ot.prp.nr.41(1975-76)s.72 at *”ikke enhver rasjonaliseringsgevinst berettiger til oppsigelse, og avveiningen må nødvendigvis skje i forhold til den arbeidstaker som faktisk er sagt opp”*. I saklighetsvurderingen skal man avveie bedriftens fordel ved å kvitte seg med den ansatte opp mot den ansattes ulempe ved å miste jobben. Utgangspunktet er at det må foreligge et bedriftsøkonomisk behov for oppsigelser. Selve avgjørelsen om å gå til nedbemanning er noe domstolen er tilbakeholdne med å prøve jf. [Rt-1989-508](#) hvor man fremhever viktigheten av saksbehandlingen: *”I prinsippet hører det til bedriftseiernes styringsfunksjoner å treffe avgjørelse om nedlegging eller fortsatt drift. Men bedriftseieren må følge den fremgangsmåte som er fastsatt i lov og avtaleverk”*.

Dette har klare paralleller til forvaltningsretten. Så lenge arbeidsgiver forholder seg til de oppstilte retningslinjer man finner i kap.15, er domstolen tilbakeholden med å prøve deres skjønnsmessige avgjørelser, på samme måte som de er tilbakeholdne med å overprøve forvaltningens frie skjønn. Dette fordi domstolen sjelden innehar fagkompetanse til å avgjøre de bedriftsøkonomiske vurderinger som er fattet.

2 Allment om reelle hensyn

Utviklingen av arbeidstakers rettigheter har gjennomgått store endringer fra mellomkrigstiden og frem til i dag. Arbeidstaker har fått en rekke utvidede rettigheter, samt et sterkere stillingsvern. I Ot.prp.nr.41(1975-1976) påpekes det at utviklingen har gått mot at rimelighetsbetraktninger har kommet sterkere inn i saklighetsvurderingen til fordel for arbeidstakeren. I samme periode har driften og konkurransesituasjonen til norske foretak endret seg enormt. Globaliseringen og det åpne markedet i EØS området har stilt strenge krav til konkurranseutsatt sektor. Samtidig har det skjedd en utvikling hvor man har fått flere større og landsomfattende foretak med ulik geografisk spredte enheter og mangfoldige aktiviteter.

Samlet sett har denne utviklingen ført til en rekke nye problemstillinger innenfor arbeidsretten. Herunder spørsmålet om avgrensning av utvelgelseskretsen ved nedbemanning.

Jeg vil her se på en rekke hensyn som taler for og imot avgrensning av utvelgelseskretsen ved nedbemanning.

2.1 Arbeidsgiver og virksomheten

For arbeidsgiver vil det som oftest være en fordel å kunne dele virksomheten inn i ulike kretser. I store virksomheter vil det være svært komplisert og ressurskrevende for arbeidsgiver å foreta en utvelgelse av alle de ansatte under ett. I en rekke tilfeller vil en slik prosess ikke være praktisk gjennomførbar. Dette fordi det skal avholdes drøftelsesmøte med samtlige ansatte for å avklare deres sosiale forhold, også når det fastsettes konkrete utvelgelseskriterier. Hvis man skal plukke ut 10 overtallige blant 1000 ansatte er det derfor håpløst å vurdere hver enkelt av de ansatte opp mot hverandre.

Ved å dele opp virksomheten i ulike deler slik at ikke alle blir berørt, eller de ansatte blir berørt i ulik grad underveis i prosessen, står arbeidsgiver foran en mindre ressurskrevende prosess som kan gjennomføres raskere. En omstilling binder opp ressurser som ellers kunne vært brukt til virksomhetens ordinære drift. Dersom man begrenser denne prosessen vil

man i større grad kunne opprettholde de øvrige deler av virksomheten, og derved opprettholde inntjeningen.

En slik inndeling av virksomheten vil være et middel og gi lettere adgang til å forme prosessen etter foretakets behov. I en nedbemanningsprosess er det ikke sjelden også tale om en omorganisering av virksomheten. Ønsket om å effektivisere driften vil oftest være motivasjonen for prosessen. I en rekke tilfeller har arbeidsgiver tidlig en plan for hvordan bedriften skal organiseres. Spørsmålet blir da gjerne hvordan man enklest og på en ryddigst mulig måte effektiviserer planen. En felles behandling av alle enhetene vil kunne innebære omfattende og unødige omrokninger, samt endringsoppsigelser. Dette fordi det muligens vil ligge utenfor styringsretten å flytte på de ansatte. Man skaper da en turbulent og uoversiktlig situasjon. Det vil her være viktig for arbeidsgiver å kunne operere med færrest mulige enheter slik at behovet for omrokninger begrenses. For hver ansatt som må tre inn i nye enheter og eventuelt få nye arbeidsoppgaver, vil det være et behov for opplæring og tilpasninger som flytting av nødvendig utstyr, utvikling av nye rutiner mv. Ved store omveltninger vil det være behov for en lengre tilpasningstid før virksomheten fungerer etter hensikten. Denne tilpasningsperioden medfører et effektivitetstap grunnet redusert produksjon samt eventuelle opplæringskostnader for virksomheten. Hvis man konsentrerer seg om de enhetene hvor det er behov for nedbemanning, kan man unngå større omstillinger i arbeidsstokken. Dette begrenser også behovet for opplæring av ansatte som blir flyttet mellom enheter og bytter arbeidsoppgaver.

Ønsket om å beholde den opparbeidede kompetansen i enhetene, eller beskytte spesielt kompetent personell, vil enklere kunne ivaretas hvis arbeidsgiver får anledning til å skjerme enkelte enheter fra utvelgelsen. Arbeidsgiver vil svært ofte kunne komme til å beholde de samme ansatte ved bruk av spesielle utvelgelseskriterier, men får sjelden gehør hos fagforeningene. Ansiennitetsprinsippets stilling hos fagforeningene kan gjøre det vanskelig for representantene å akseptere utvelgelseskriterier basert på andre prinsipper som for eksempel kompetanse. Dette kan bidra til et uheldig fokus på utvelgelseskretsen ved forhandlinger om nedbemanninger. I en rekke situasjoner vil kompetansekrav være

innenfor saklighetskravet, og burde i stedet for ansiennitet blitt brukt som et utvelgelseskriterium.

Nedbemanningen vil kunne gjennomføres mer effektivt hvis arbeidsgiver har anledning til å konsentrere oppsigelsene innenfor de enheter hvor effektiviteten kan styrkes, eller nedlegge de enheter som ikke er inntektsbringende, uten å måtte ta for seg de ansatte i alle enhetene samtidig.

Et vesentlig poeng for arbeidsgiver vil også være å begrense uroen i organisasjonen. Omfanget av berørte vil kunne begrenses ved en snevrere utvelgelseskrets. Mange vil da kunne skjermes fra en slik stressituasjon og ineffektiviteten vil kunne begrenses. Dette spørsmål behandles mer utførlig under pkt.3.2.2.

I det virksomheten er oppe i en presset økonomisk situasjon får alle disse faktorene enda større relevans, dette fordi effektiviteten i kostnadsreduksjonen kan være utslagsgivende for virksomhetens videre drift, og opprettholdelse av de øvrige arbeidsplassene.

2.2 Arbeidstaker

Det er av størst betydning for arbeidstaker at det er riktig person som går. Det er arbeidstakeren som mister jobben, og således er den part som taper noe, mens arbeidsgiver har mange arbeidstakere å ta av. Arbeidstakeren er derfor den som er best tjent med en utførlig behandling når han eller hun står i fare for å miste jobben.

For arbeidstakerne som samlet gruppe er det fordelaktig å ha en størst mulig utvelgelseskrets i det sannsynligheten for oppsigelsen derved blir mindre per ansatt. Det kan hevdes at prosessen ikke blir like grundig ved en begrenset utvelgelseskrets, fordi alle arbeidstakerne ikke blir vurdert opp mot hverandre. Hvis utvelgelseskretsen er mindre kan det imidlertid argumenteres for at forutsetningene for en grundigere behandling av den enkelte foreligger. Dette fordi det blir enklere å avveie ulike sosiale hensyn i utvelgelsen av arbeidstakerne.

Hvis prosessen er for omfattende kan det være at arbeidsgiver ikke makter å gjennomføre en ryddig nedbemanning slik arbeidstaker har krav på. Samtidig vil en omfattende prosess øke risikoen for feilvurderinger. For arbeidstakeren vil et annet problem være at det blir vanskeligere å identifisere feil og usakligheter. Det krever mer ressurser å analysere en omfattende prosess, samt å avdekke usakligheter. Når det gjelder konkurranse i utvelgelsen vil det også være vanskeligere for arbeidstakeren å få oversikt over sammenligningsgrunnlaget, i det vedkommende ikke kjenner til sine konkurrenters formelle og reelle kvalifikasjoner, samt sosiale forhold. Innenfor en mindre krets vil det kunne være lettere for den enkelte å få oversikt over hvem man er vurdert opp mot, og i hvilken grad utvelgelseskriteriene er fulgt.

Mindre uvisshet kan også være en fordel for arbeidstakeren. Denne uvissheten skal avhjelpes av informasjonsplikten til arbeidsgiver, men et avdelingssystem kan også være enklere og mer oversiktlig for arbeidstakeren å forholde seg til. Samtidig er det mer forståelig om man mister jobben når man er ansatt i en avdeling som ikke er inntektsbringende, enn dersom man jobber i en avdeling som står for en stor del av inntjeningen til foretaket.

Resultatet av en nedbemanningsstruktur basert på mindre utvelgelseskretser vil likevel kunne oppleves som urimelig for den enkelte. Siden ansiennitetsprinsippet står sterkt i den alminnelige rettsoppfatning, vil det lett kunne virke uforståelig for den ansatte med lengre ansiennitet om han eller hun må gå mens en nyansatt ved en annen enhet får bli. Det vil derfor ikke være lett å akseptere at hensynet til en effektiv nedbemanningsprosess gir et urimelig resultat for den enkelte.

2.3 Andre hensyn

Faren ved å gi en for vid adgang til å begrense utvelgelseskretsen er at arbeidsgiver lettere kan skille ut de arbeidstakerne man ikke ønsker i ulike grupper. En slik utnyttelse av

adgangen vil kunne være vanskelig å identifisere som en usaklig forskjellsbehandling. Her vil det være viktig å rette søkelyset mot arbeidsgivers motivering for begrensningen.

Det er liten tvil om at det ved utvelgelsen hadde vært enklest om man kunne forholdt seg til et fast kriterium, da gjerne ansiennitet. Dette ville imidlertid i liten grad ivarettatt de forskjellige behov som kan oppstå i ulike situasjoner. Avdelingsvis nedbemanning vil naturlig nok være mer komplisert i det man har flere elementer å forholde seg til. Som nevnt tidligere kan mindre grupper også føre til at prosessen blir mer oversiktlig.

Hovedproblemet med adgang til å begrense nedbemanningen til utvelgelseskretser er de skjønsmessige vilkårene som skal sette grenser for når man har anledning og når man ikke har anledning til å dele opp i kretser.

Ønsket om mobilitet i arbeidsmarkedet er lite forenelig med behovet for trygge arbeidsplasser. En raskere avklaring av hvem som skal gå frigjør ressurser på et tidligere tidspunkt, og er samfunnsøkonomisk gunstig. Folk blir raskere klar for nye arbeidsoppgaver innefor andre områder. Og arbeidstakerne vil allokere dit hvor behovet og den samfunnsmessige gevinsten er størst. Slik utnyttes ressursene mer effektivt. Likevel vil dette kunne bero på den økonomiske situasjonen i samfunnet. Er det høy arbeidsledighet vil det koste staten og samfunnet enda mer om flere blir avhengige av folketrygdens ytelser, og ressursene ikke anvendes. Samtidig viser forskning som nevnt at veien til uførhet er kort,² noe som fører til store samfunnsøkonomiske tap. Det vil være mye å spare på ryddige prosesser. Det er uansett liten tvil om at en raskere avklaring vil være samfunnsmessig ressursbesparende.

I et samfunnsøkonomisk perspektiv innebærer den lange saksbehandlingstiden store kostnader. Hvis ønsket er å minimere de samfunnsøkonomiske kostnadene ved en nedbemanning, må man ha regler som sikrer en mest mulig effektiv prosess. Jo raskere

² Fevang og Røed(2006) og Rege m.fl.(2005)

prosessen kan gjennomføres uten at risikoen for kostbare søksmål eller rekrutteringen til uførhet øker, des fortere vil arbeidstakerne være klare for annet arbeid.

En kan anta at for de fleste er ansiennitet det enklest forståelige, og det førende utvelgelseskriteriet. Prinsippet om først i tid best i rett gjelder ikke bare innenfor arbeidsretten. Likevel er det grunn til å anta at folk lettere vil akseptere at foretak med stor geografisk spredning nedbemanner i avdelinger ut fra geografisk plassering.

3 Spesifikke reelle hensyn

I en del tilfeller er bedriftene så store at det er mer naturlig og oversiktlig å knytte de ansatte opp mot de respektive avdelingene. Store geografisk konsentrerte foretak og geografiske spredte foretak, opererer begge med stor grad av selvstyre i foretakets ulike enheter. Avdelingene og enhetene administreres ofte internt av ledere med personalansvar. Arbeidskontrakten er da gjerne knyttet til avdelingen, og arbeidsgiver kan ikke flytte den ansatte internt i foretaket uten samtykke. En viktig begrunnelse for å organisere på denne måten er å ansvarliggjøre enhetene. Dette står i kontrast til en pulverisering av ansvarsfølelsen i foretakets organisasjon. Klare resultatbaserte krav fra administrasjonen, sammenholdt med stor grad av selvstendighet i enhetene, gir ledelsen en mer oversiktlig struktur. Det blir da lettere å peke på enheter med forbedringspotensial, samtidig som enhetene får en større ansvarsfølelse i forhold til resultatene. Dette medfører også en mer omstillingsdyktig organisasjonsstruktur. Store organisasjoner trenger god tid for omstilling. Det kan sammenlignes med et stort skip hvor det tar lang tid fra man dreier roret til skipet endrer kurs.

3.1 Momenter

I saklighetsvurderingen av en oppsigelse skal det foretas en interesseavveining. Her veier man en rekke momenter opp mot hverandre. En rekke av disse momentene samt andre hensyn vil ha betydning for tolkningen av virksomhetsbegrepets rekkevidde i den enkelte sak, og saklighetsvurderingen av oppsigelsen.

Rettspraksis på dette området er, som jeg vil redegjøre for senere, svært konkret begrunnet. Likevel gis det indikasjoner på hvilke momenter som vil være av betydning for en eventuell snever tolkning av virksomhetsbegrepet. Selv om momentene til en viss grad er sammenfalle med de ulike reelle hensyn som jeg har redegjort for tidligere, vil jeg i det videre trekke frem momenter av mer direkte betydning for avgjørelsen av denne adgangen.

3.1.1 Selvstendighet

Et av de mest sentrale momenter for begrensning av utvelgelseskresen som kan utledes av rettspraksis er enhetens selvstendighet. Jeg vil her se på en rekke forhold som taler for slik selvstendighet.

Selskapets geografiske spredning er et viktig moment i så måte. Den geografiske spredningen er en indikator på enhetens selvstendighet. Atskilte geografiske enheter har som oftest behov for daglige ledere med stort handlingsrom. Enhetene har kanskje ikke så mye annet til felles enn at de driver med samme type aktivitet. Stor geografisk spredning innebærer at enhetene er avhengige av faktorer som vanligvis er ivaretatt ved en samlet geografisk struktur.

Den geografiske spredningen kan også sies å ha sammenheng med hvilken adgang arbeidsgiver har til å flytte på arbeidstakere. Så lenge det ikke foreligger noen spesiell geografisk tilknytning i arbeidskontrakten, kan arbeidsgiver innenfor styringsretten pålegge arbeidstakeren å flytte arbeidsplassen innen en strekning på ca en time³ i transporttid. Dette

³ Jakhell(2006)s.272

må selvsagt vurderes i hvert enkelt tilfelle hvor en rekke momenter, som virksomhetens behov, arbeidstakers økte utgifter og sosiale forhold er av betydning. Med andre ord kan ikke arbeidsgiver uten videre pålegge arbeidstaker å bytte bopel eller pendle for å arbeide i andre avdelinger.

Personalansvar hos avdelingsledelsen, og utøvelsen av de vesentlige arbeidsgiverfunksjonene internt i enheten, vil være momenter for å vurdere enhetens selvstendighet. Dette gir også en indikasjon på arbeidstakerens forhold til resten av foretaket, og sier noe om hvor sterk tilknytning den ansatte har til sin enhet, og i hvilken grad det er naturlig å oppfatte enheten som atskilt fra de øvrige enhetene.

Arbeidskontraktens tilknytning er et viktig moment. Etter §14-6 b skal arbeidsavtalen inneholde opplysninger om arbeidsplassen. Arbeidsavtalen innebærer en begrensning i arbeidsgivers styringsrett, i det arbeidsgiver i utgangspunktet ikke fritt kan pålegge arbeidstakeren å arbeide utenfor det fastsatte arbeidsområdet. Det gis således indikasjoner på i hvilken grad arbeidstaker er tilknyttet den aktuelle avdelingen alene, eller om arbeidstaker også kan forventes å måtte forholde seg til andre enheter.

Dersom arbeidsplikten er knyttet opp til hele foretaket, eller et større område innen foretaket, taler dette for at det er mindre naturlig å avgrense kretsen. Klausuler i arbeidskontrakten om konserninterne arbeidsmarkeder med fri flyt av ansatte, er en sterk indikasjon på manglende selvstendighet i konsernets og foretakets enheter. En organisatorisk overstyring kan utelukke avgrensning av utvelgelseskretsen, og ikke minst tale for gjennombrudd av arbeidsgiveransvaret i konsernet.

Stillingsbeskrivelsen i arbeidskontrakten vil også kunne gi indikasjoner på arbeidstakerens tilknytning til enheten, i det arbeidsoppgavene samsvarer med oppgavene som enheten bedriver i sitt daglige virke.

Den organisatoriske historien kan også ha betydning da en ny etablert enhet vil være mindre beskyttelsesverdig. Grunnen til dette er at organisasjonsstrukturen antakelig ikke har fått anledning til å etablere faste rutiner. Dette innebærer at det nødvendigvis ikke vil by på like store problemer å endre organisasjonsstrukturen. Man vil derved lett kunne komme til at strukturen er mindre beskyttelsesverdig. Situasjonen vil være en annen hvis det er særskilte grunner som taler for den gitte organisasjonsstrukturen.

Dersom det foreligger en langvarig praksis på en godt innarbeidet organisasjonsstruktur, vil enhetsstrukturen stå sterkere. Samtidig vil en tidligere organisering kunne ha betydning for bedømmelsen av enhetens selvstendighet. Dette vil typisk være der hvor enhetene tidligere var eksterne og nylig har blitt fusjonert inn i foretaket.

Beskyttelsen av fusjonerende selskapers ansatte er også av betydning. Hvis et selskap hvor utsiktene er svært dårlige fusjonerer med et annet selskap, vil dette styrke de ansattes stillingsvern i det pressede selskapet. Dette skjer på bekostning av det andre selskapets ansatte. Et slikt scenario vil lett anses urimelig, og derved være et viktig moment for atskilt behandling.

Hvis enheten opererer på et eget marked atskilt fra de øvrige enhetene i foretaket, kan dette tale for at enhetene bør vurderes separat. Dette fordi et slikt forhold vil tale for enhetens selvstendige stilling. Samtidig kan enheten inneha en særkompetanse i forhold til det aktuelle markedet. Det kan dermed være fordelaktig å opprettholde denne kompetansen i enheten.

Dersom enheten fører eget budsjett og regnskap, bruker egne midler og har selvstendig ansettelsesmyndighet, er dette faktorer som gir klare signaler på enhetens selvstendighet.

I de tilfeller hvor enheten innehar andre arbeidsoppgaver og bedriver en annen aktivitet enn den øvrige delen av foretaket, taler dette ofte for at enheten også har en selvstendig stilling.

Det samme vil være tilfelle der hvor enheten har et kompetansebehov som fraviker det som ellers er vanlig i foretaket.

Enighet med de ansatte om utvelgelseskretsen kan også tolkes som et tegn på partenes forståelse av enhetenes selvstendighet.

3.1.2 Andre forhold

Saksbehandling har stor betydning i arbeidsrett. Et svært viktig moment i helhetsvurderingen er hvordan prosessen er gjennomført, og hvordan man har kommet frem til utvelgelseskretsen og utvelgelseskriteriene som er valgt.

I de tilfeller hvor arbeidsgiver sammen med representanter for de ansatte har blitt enige om hvordan den aktuelle nedbemanningen skal gjennomføres, og da spesielt har blitt enige om de ulike utvelgelseskretser, er dette et sterkt argument for at partenes interesser er ivaretatt. Ved en slik enighet kan det forventes at partene har handlet ut fra de beste intensjoner, og har hatt fokus både på å sikre foretaket og de ansattes interesser. Dette forutsetter selvsagt at den fastsatte planen er fulgt konsekvent. Hvis partene gjennom tariffavtale har blitt enige om utvelgelseskretsen, og disse prosedyrene er fulgt, vil det være et enda sterkere argument for utvelgelseskretsen.

Etter min vurdering bør man likevel være forsiktige med å legge for mye vekt på slike avtaler. Siden man på individuelt nivå ikke kan fraskrive seg stillingsvernsreglene på grunn av lovens ufravikelighet jf.aml.§1-9, vil det være urimelig om de tillitsvalgte skal kunne gjøre det. Ufravikeligheten gjelder i prinsippet for fagforeningene på et overordnet plan, med unntak av bestemmelser om arbeidstid jf.aml.§10-12 nr.4. Tanken er at loven er utgangspunktet, mens tariffavtalene har supplerende bestemmelser. Det kan imidlertid argumenteres for at likeverdige parter på organisasjonsnivå burde kunne inngå slike avtaler, noe som reiser et prinsipielt spørsmål om fagforeningens adgang til å binde den enkelte arbeidstaker.

Det vil også være et moment at den fastsatte og fulgte prosedyren har vært anvendt ved tidligere nedbemanninger, og derved kan oppfattes som en etablert praksis. Dette vil styrke foruberegneligheten for alle involverte parter.

Et viktig moment som kan trekkes frem er behovet for forutsigbarhet og begrensning av uro i organisasjonen. Det er liten tvil om at en nedbemanningsprosess er en stor påkjenning for alle involverte, og at det kan skape stor grad av utrygghet blant de ansatte. Denne utryggheten vil gå ut over arbeidsmiljøet og derved også effektiviteten til de ansatte. Statistisk data tyder på at sykefraværet øker i grupper som står i fare for å miste jobben. Dette har nok en naturlig sammenheng med det presset som arbeidstakeren opplever i perioden hvor han eller hun står i fare for å miste livsgrunnlaget sitt. Mistrivsel på arbeidsplassen er noe man vanskelig kan forhindre i nedbemanningsprosesser, men det bør gjøres anstrengelser for å begrense fenomenet. I §4-1 stilles det generelle krav til arbeidsmiljø. Arbeidsgiver har et ansvar for å ivareta de ansattes fysiske og psykiske helse.

Nedbemanningsprosessen kan være stressende og gi redusert helse både for den som mister jobben og for den som beholder den. Forskning viser at belastningen på de ansatte forut for og under en nedbemanningssituasjon er stor.⁴ Anslag viser at 5 % av tilstrømningen til uføretrygd i perioden 1993 til 2003 kan forklares direkte av nedbemanninger som fant sted i periode 1992 til 2000 i de bedriftene hvor de uføre var sysselsatt.⁵ Det pekes på en rekke faktorer hvor blant annet følelsen av å ikke være verdsatt, samt økt belastning for de som blir igjen i bedriften er fremtredende.

Samtidig hevdes det at uførestønad benyttes som et substitutt for arbeidsledighetstrygd, etter at ansatte sykemeldes som en følge av prosessen. Dette fordi stønadsreduksjon ved en eventuell friskmelding blir et incitament for fortsatt sykemelding, og senere uførestønad. Selve prosessen ved nedbemanning er ofte svært belastende. Det er derfor viktig at arbeidsgiver gjennomfører en grundig og mest mulig effektiv nedbemanningsprosess slik at

⁴ Rege m.fl.(2005)

⁵ Fevang og Rød(2006)

ikke en lang saksbehandlingstid medfører unødige usikkerhet og engstelse blant de ansatte. Det kan hevdes at effektiviteten i større grad opprettholdes ved anvendelse av utvelgelseskreter.

Det er liten tvil om at anvendelse av utvelgelseskreter i de aller fleste tilfeller vil innebære en forenklet prosedyre for arbeidsgiver. I enkelte tilfeller vil det ikke være praktisk mulig å gjennomføre en samlet prosess. Håndteringshensynet er det mest tungtveiende hensynet for avgrensningen av utvelgelseskreten. Det vil derfor være av betydning i hvilken grad arbeidsgiver har behov for en rask avklaring og gjennomføring av nedbemanningen. Som regel vil bedriften befinne seg i en presset økonomisk situasjon. Men det kan også tenkes andre tilfeller hvor omstilling og nedbemanning vil måtte foregå under sterkt tidspress. Det kan være behov for markedstilpasning innen en spesielt konkurranseutsatt næring, pålegg fra offentlige myndigheter, plutselige endringer i viktige råvarepriser, nye produksjonsmetoder, andre rammebetingelser ved endret lovverk eller bortfall av tilskuddsordninger.

Jeg vil påpeke at dersom bedriften kommer til at det er behov for en oppdeling av utvelgelseskreten for å sikre virksomhetens videre drift på sikt, vil dette være et svært viktig argument. Foretak er avhengig av at det blir investert i deres virksomhet. I næringslivet vil man alltid være opptatt av å plassere ressursene der hvor de gir best avkastning. Dette innebærer at foretakene ikke bare er avhengig av å gå i balanse, men også må gi avkastning til investorene. Store foretak binder opp mye kapital. Hvis man ser at denne kapitalen gir bedre avkastninger andre steder vil dette være foretrukket. Oppsigelsesvernet i arbeidsmiljøloven skal ikke true den videre driften i foretaket. Dette innebærer at foretakets behov for økt avkastning også vil være et viktig argument

4 Virksomhetsbegrepet

Ved nedbemanning skal oppsigelsen etter §15-7 første ledd være saklig begrunnet i virksomhetens forhold. Sammenholdt med at en oppsigelse etter annet ledd ikke er saklig dersom det finnes annet arbeid i virksomheten, er det ”*virksomheten*” som er utgangspunktet for utvelgelsen av de ansatte. Rammen for gruppen der nedbemanningen vil finne sted beror derfor på hvem som er å anse som en del av virksomheten. Virksomhetsbegrepet fastsetter derfor rammen for saklighetsvurderingen.

Begrepet virksomhet kan etter en naturlig språklig forståelse være en aktivitet innenfor en bestemt kategori. En aktivitet som utøves uavhengig av den selskapsrettslige organiseringen. Dette samsvarer med bedriftsbegrepet virksomhetsbegrepet stammer fra. En språklig forståelse av begrepet bedrift gjør det lite naturlig å avgrense til ulike enheter i et industriforetak. Usikkerheten vil dreie seg om hvor vid eller snever kategorien skal være. Hvis et rettssubjekt driver med ulike aktiviteter ville en språklig forståelse av begrepet være at hver aktivitet ville kunne betegnes som en virksomhet. En slik forståelse innebærer at man anser det normalt at selskaper driver ulike virksomheter. I så fall vil spørsmålet om utvelgelseskrets bero på en tolkning av virksomhetsbegrepet.

I Ot.prp.nr.3(1975-1976) s.101 belyser departementet at begrepet har en svært vid anvendelse, og omfatter all offentlig og privat næringsvirksomhet, samt offentlig forvaltningsvirksomhet.

”[M]ens arbeidsvernlovens §1 bruker bedriftsbegrepet som utgangspunkt, har departementet her valgt å bruke begrepet ”virksomhet”. Med dette er det ikke tilsiktet vesentlige realitetsendringer, i det bedriftsbegrepet i de senere år er blitt fortolket sterkt utvidende. Det er f.eks helt på det rene at offentlig forvaltning har vært dekket av bedriftsbegrepet, selv om et offentlig kontor ikke vil bli karakterisert som ”bedrift” etter alminnelig språkbruk. Begrepet virksomhet vil omfatte både industrielle bedrifter, transportvirksomhet, bygg- og anleggsarbeid, forretningsvirksomhet, offentlig forvaltning og immatriell virksomhet.”

Den nedre grense for hva som omfattes som virksomhet kommer frem av forarbeidene til arbv.l.(1936)⁶. Det stilles her krav om en viss grad av organisasjon, varighet og betydelighet. Begrepet grenser således mot rent private forhold, som huslige tjenerarbeid.

Lovens system kan også gi indikasjoner på hvordan virksomhetsbegrepet skal tolkes. Arbeidsgiverbegrepet har en egen legaldefinisjon i §1-8 annet ledd, noe virksomhetsbegrepet ikke har. Dette kan tyde på at lovgiver har ment at virksomhetsbegrepet skal tolkes i den enkelte bestemmelse. Synspunktet støttes også i Borgarting lagmannsretts dom av 15.12.2000. Kjernen i tvisten var om arbeidsgiver var pliktig til å opprette et sentralt arbeidsmiljøutvalg, og et sentralt hovedverneombud. Retten uttalte: *"Hvordan virksomhet skal forstås ved tolkning av §23 og §25, må avgjøres konkret i forhold til bestemmelsenes formål"*. Virksomhetsbegrepets rekkevidde må derfor tolkes ut fra konteksten. Dette innebærer at man vil kunne ende opp med ulik rekkevidde av det samme begrepet forskjellige steder i loven.

Formålsbestemmelsen i §1-1 b) påpeker at loven skal bidra til å sikre trygge ansettelsesforhold. Bestemmelsen om vern mot usaklig oppsigelse i §15-7 er hovedsaklig ment å bidra til å ivareta dette bærende hensynet i arbeidsmiljøloven. Man skal derfor tolke virksomhetsbegrepet i §15-7 i lys av at bestemmelsen skal sikre trygge ansettelsesforhold. Hvordan ivaretar disse hensyn best vil variere i hver enkelt sak, dette taler for at begrepet også må tolkes i den konkrete sak. Dette støttes også av de reelle hensyn ovenfor.

Ot.prp.nr.64(2001-2002) gir indikasjon på hva som skal være et felles utgangspunkt. I kommentaren til virksomhetsbegrepet i §14-1 i pkt.3.3.1 står det:

"Begrepet virksomhet er brukt flere steder i arbeidsmiljøloven. Selv om begrepet i noen grad må vurderes konkret i forhold til den enkelte aktuelle paragrafs formål etc., er utgangspunktet at virksomhetsbegrepet er nært knyttet til arbeidsmiljølovens arbeidsgiverbegrep. Lovens definisjon av arbeidsgiver er "enhver som har tilsatt

⁶ Ot.prp.nr.31(1935)s.7 flg.

arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste", jf. arbeidsmiljøloven §4, og med dette menes i utgangspunktet det rettssubjekt som er arbeidstakerens motpart i arbeidsforholdet."

Hovedregelen er at med virksomhet forstår vi det rettssubjekt arbeidstakeren er ansatt i. Utgangspunktet blir da at en virksomhet er en organisatorisk selvstendig enhet som fremstår som et eget rettssubjekt.⁷ Begrepet kan likevel i enkelte tilfeller fremstå som noe flytende. Tolkningen av virksomhetsbegrepet vil derfor bero på en konkret vurdering hvor begrepet tolkes ut fra den kontekst det står i. Forarbeidene gir for øvrig ingen veiledning der virksomheten ikke er sammenfallende med det rettssubjekt arbeidstakeren er ansatt i.

4.1 Ansvarsgjennombrudd og virksomhetsbegrepets rekkevidde

4.1.1 Utgangspunkt

Hovedregelen og utgangspunktet er at virksomheten er det rettssubjekt som arbeidstaker er ansatt i, og det er derved ikke anledning til å anse flere rettssubjekter som en virksomhet.

I Norsk lovkommentar uttales det at hele rettssubjektet er virksomheten, og det er vedkommende rettssubjekt som er arbeidsgiveren.⁸ Virksomhetsbegrepet stammer som nevnt fra bedriftsbegrepet i de tidligere arbeidervernlovene. Før dette fantes det ingen felles lov som samlet arbeidstakers rettigheter, men det fantes en rekke særlover innenfor de ulike bransjer. Bedriftsbegrepet, og det senere virksomhetsbegrepet, skulle bidra til å samle en rekke lover under en alminnelig lov om arbeidervern. Begrepet hadde derfor betydning for hva salgs foretak loven omfattet. Virksomhetsbegrepet omfatter derfor aktiviteten mens arbeidsgiverbegrepet viser til ledelsen.

⁷ Larsen note 10

⁸ Borgerud m.fl. note 31

At begrepene som oftest forstås sammenfallende fremgår av Ot.prp.nr.49(2004-2005)kap.6.2.1 hvor den tidligere forståelse videreføres. Dette innebærer at det vil være interessant se på forståelsen av arbeidsgiverbegrepet ved tolkningen av virksomhetsbegrepet.

”Som alminnelig regel vil det rettssubjekt som er arbeidsgiver være sammenfallende med arbeidsgivers virksomhet. For de fleste praktiske tilfeller vil en virksomhet være det som etter alminnelig språkbruk er en bedrift. Hovedregelen er at arbeidstakers rettigheter er knyttet til den enkelte virksomhet.”

4.1.2 Arbeidsgiverbegrepet

Legaldefinisjonen i §1-8 innebærer at arbeidsgiverbegrepet er autonomt, det skal forstås likt i hele loven. Begrepet er i utgangspunktet knyttet til det rettssubjekt arbeidskontrakten utpeker som arbeidsgiver. Spørsmålet blir så om arbeidsgiverbegrepet i særskilte unntakstilfeller kan omfatte noe mer enn det dette.

Hovedregelen er at det ikke gjelder noe generelt utvidet arbeidsgiverbegrep for sammenslutninger og konserner.

I forbindelse med den nye arbeidsmiljøloven ble det spørsmål om man skulle utvide arbeidsgiverbegrepet til også å gjelde for juridiske personer med bestemmende innflytelse over foretaket hvor de ansatte har sitt arbeidsforhold. Her typisk konsernforhold. Konsernlovutvalget foreslo dette allerede i NOU-1996-nr.6, men arbeidslivslovsutvalgets flertall gikk imot dette i sin innstilling, det samme gjorde departementet.⁹ I komiteens merknader i Innst.O.nr.100(2004-2005)kap.6.2 mener flertallet at man bør utvide arbeidsgiverbegrepet i takt med rettsutviklingen. Dette fordi man mente å ha sett en utvikling hvor morselskap med bestemmende innflytelse overfor arbeidstakeren i datterselskapet, hadde forpliktelser ovenfor dem etter aml. Komiteens flertall fremla forslag

⁹ Ot.prp.nr.49(2004-2005)kap.6.2.4

til tillegg i lovteksten.¹⁰ Forslagets realitet innebar at arbeidsgiver ville få bevisbyrden for at det var klare skiller mellom selskapene. Sammenholdt med foreslåtte endringer i §60 nr.2 ville dette medføre at arbeidsgiveren måtte tilby annet passende arbeid ikke bare i virksomheten, men også i all annen kontrollerbar virksomhet. Med andre ord en vidtgående endring i rettstilstanden.

Forslaget ble forkastet i den endelige lovteksten.¹¹ Selv om partiene som la frem forslaget hadde flertall i Stortinget, ble spørsmålet ikke gjenopptatt ved revisjonen foretatt umiddelbart etter regjeringsskifte høsten 2005. En forklaring på dette kan være at tilføringen ikke ble ansett nødvendig fordi man i rettspraksis hadde åpnet for i særskilte tilfeller å trekke konsernet inn under arbeidsgiver-/virksomhetsbegrepet. En annen forklaring kan være at de glemte det, slik de gjorde med reglene for innleie av arbeidskraft. Men hovedgrunnen er nok at departementet tidligere hadde fått skarp kritikk for de samme lovendringsforslagene da de ble fremmet etter NOU-1996-nr.6. Det fremgikk av høringsrunden at forslagene var lite gjennomarbeidet, og at det var behov for ytterligere utredning. Arbeidsgiverinteresser ga uttrykk for at konsernproblemstillingen var for vanskelig til å ta opp, spesielt pga. de administrative problemer en slik bestemmelse ville medføre. Departementet la da forslagene døde inntil komiteen igjen tok opp forslaget ved behandlingen av den nye arbeidsmiljøloven. Da Stortinget endelig avviste forslaget videreførte man det etablerte arbeidsgiverbegrepet i nåværende lov.

4.1.2.1 Delt arbeidsgiveransvar

I Wärtsilä saken, [Rt-1990-1126](#), kom retten til at det forelå to virksomheter og to arbeidsgivere. Dommen åpner for at flere selskaper kan sitte med arbeidsgiveransvar for samme arbeidstaker.

En tidligere ansatt i morselskapet ble overført til datterselskapet for å opprette og utvikle dette. I arbeidskontrakten, som var tegnet med morselskapet, gikk det frem at avtalen ble løpende fornyet, og at arbeidstakeren skulle ha rett til å gjeninntre i morselskapet ved

¹⁰ Vedlegg 1

¹¹ Besl.O.nr.96(2004-2005)

opphør av avtalen. Da selskapet etter en tid omorganiserte og overførte virksomheten i selskapet til et annet selskap, sa morselskapet opp avtalen. Ved behandlingen av oppsigelsen ble det et spørsmål om hvor arbeidstaker i realiteten var ansatt. Han hadde blitt lønnet av datterselskapet og det var klart at det forelå et ansettelsesforhold her. Men avtalen var mellom han og morselskapet, morselskapet hadde avgjørende innflytelse over lønns- og pensjonsvilkår, han var forpliktet til å følge direktiver gitt fra morselskapet, og de hadde indirekte oppsigelsesadgang gjennom den tidligere avtale.

Forutsetning for delt arbeidsgiveransvar er at det finnes konkrete holdepunkter for et slikt ansvar hos hvert enkelt rettssubjekt. Dommen taler derfor ikke for at konsernet som helhet blir sittende med arbeidsgiveransvaret. Det er således ingen identifikasjon mellom morselskap og datterselskap. Grunnlaget var her avtalen med morselskapet, men det ble også trukket frem at den som har vesentlig innflytelse over arbeidstakeren også kan ha et ansvar. Rettssubjektet som i realiteten treffer avgjørelsen om å gå til oppsigelser vil være ansvarlig for de krav arbeidstakerne har som følge av oppsigelsene. Dette belyses tydeligere i Rt-1937-21 hvor pantehaver ble dømt solidaransvarlig med arbeidsgiver.

Panthaveren krevde i generalforsamlingen salg av arbeidsgiverens skip. Som en direkte følge av panthavers krav ble derved mannskapet oppsagt siden rederiet ikke lenger hadde noe arbeide til dem.

Dette kan reise spørsmålet om identifikasjon eller gjennombruddsansvar. Identifikasjon vil kunne gjøre hele konsernet som sådan ansvarlige og man trenger ikke fastslå hvor beslutningen reelt ble fattet, mens et gjennombruddsansvar kun knyttes opp mot de involverte parter.

4.1.2.2 Gjennombruddsansvar

I Tønsberg byretts dom av 21.01.1998¹² ble et morselskap ansett som arbeidsgiver i det de hadde bestemmende innflytelse over arbeidstakerne.

Lincon Electric Norge AS måtte legge ned sin avdeling i Stavern etter at Lincon Electric Company, som eide selskapet, stanset sine ordre av sveisemaskiner. Datterselskapet hadde bare leveringer til morselskapet. Spørsmålet ble så om morselskapet kunne gjøres ansvarlige for nedleggelsen, og derved ilegges arbeidsgiveransvar. Problemet var at morselskapet ikke hadde utøvet noen av arbeidsgiverfunksjonene ovenfor de oppsagte arbeiderne i Stavern, og de hadde heller ikke direkte foretatt beslutningen om å legge ned produksjonen.

Retten kom til at morselskapet i realiteten hadde besluttet nedleggelsen ved å stanse ordretilgangen i datterselskapet. Gjennom sine ordre hadde de hatt bestemmende innflytelse over den vesentlige delen av produksjonen. Derved hadde de en langt sterkere styringsmulighet enn eierinteressene normalt tilsier. Med dette grunnlag kom retten til at morselskapet hadde utført reelle arbeidsgiverfunksjoner og derfor måtte identifiseres som arbeidsgiver.

Dommen er avsagt i tingsretten, men den bør vektlegges i kraft av sin argumentasjonsverdi fordi den illustrerer et vesentlig poeng, og sammenfatter rettstilstanden godt: *”Det klare utgangspunkt er at ethvert selskap er en egen juridisk enhet, og skal vurderes på selvstendig grunnlag. Rettigheter og plikter ved et arbeidsforhold består derfor i utgangspunktet mellom den enkelte arbeidstaker og arbeidsgiveren, og bare mellom disse. I konsernforhold er situasjonen spesiell, men det må likevel kreves et særskilt grunnlag dersom morselskapet skal kunne identifiseres med datterselskapet. Den rene eiendomsinteresse kan de lege lata ikke være tilstrekkelig til identifisering. Imidlertid kan bindingene i et konsern bli så store at det vil være naturlig å la beslutninger tatt i morselskapet få samme virkning som om de var tatt av kompetent organ i datterselskapet.”*

¹² RG-1998-1415-Tønsberg

Videre uttales at "Høyesterett har lagt til grunn en bred skjønnsmessig vurdering, hvor de forskjellige interesser har blitt veiet opp mot hverandre. Det avgjørende må etter rettens oppfatning være hvorvidt et selskap reelt sett har utøvet arbeidsgiverfunksjoner i et omfang av noen størrelse. Er slike funksjoner ikke utøvet vil det ikke være naturlig å identifisere selskapene. Etter rettens oppfatning må en beslutning fattet av morselskapet som ledd i sin industripolitikk, og som medfører en villet nedleggelse av sentrale deler av et datterselskaps virksomhet, med derpå følgende masseoppsigelser, kunne være en utøvelse av de funksjoner som tilligger en arbeidsgiver."

Dommen er et eksempel på at arbeidsgiverfunksjonene kan utøves på ulike vis, og at det er realiteten som avgjør. Det skal meget til for å fravike utgangspunktet om at arbeidsgiver er det rettssubjekt arbeidstakeren er ansatt i. Slik fravikelse vil kunne betegnes som et gjennombruddsansvar. Kravet om et særskilt grunnlag innebærer at tilknytningen og innflytelsen morselskapet må ha for å pådra seg ansvar skal være ekstraordinært. Selskaper skal kunne tilpasse seg eksisterende regelverk i god tro uten å måtte risikere ansvarsgjennombrudd. De bærende hensyn og hovedpoenget ved vurderingen av gjennomskjæring er anstrengelsene for å unngå omgåelse av stillingsvernsbestemmelsene.

I PPD dommen Rt-1997-623 ble en gruppe kommuner frikjent for arbeidsgiveransvar for ansatte i et interkommunalt selskap.

En rekke samarbeidskommuner hadde opprettet et interkommunalt pedagogpsykologisk distriktssenter. Senteret var opprettet som et eget selskap med eget styre. Da senteret la ned deler av virksomheten ble det tvist om de enkelte kommunene hadde arbeidsgiveransvar. De ansatte mente at senteret måtte anses som en del av kommunens virksomhet, og derfor var kommunene forpliktet til å skaffe dem annet passende arbeid jf. den da gjeldene §60 annet ledd. Flertallet i Høyesterett kom til at kommunene ikke hadde slikt ansvar, men tilførte at hvis det hadde vært færre kommuner kunne man kommet til et annet resultat. Graden av selvstendighet styret hadde, det at de opptrådte utad med eget navn, tilsatte både daglig leder og de øvrige ansatte, disponerte egne midler, hadde selvstendig

budsjetteringskompetanse, regnskap og revisjonsplikt, styringsrett ovenfor de ansatte, det at de avholdt lønnsforhandlinger, og fattet flertallsvedtak uavhengig av de enkelte kommunestyrene, ga dem en så selvstendig stilling at de mente det ville være unormalt å gi kommunene ansvar.

Kjernen er selskapets selvstendige stilling. I dommen er det drøftet om arbeidsgiveransvaret kunne vært delt slik som i [Rt-1990-1126](#), men retten kom til at alle de sentrale arbeidsgiverfunksjonene både formelt og reelt var tillagt og ble utøvet av styret i senteret. Mindretallet mente arbeidsgiveransvaret måtte være felles for alle kommunene som i sin tid opprettet det interkommunale selskapet. Ved drøftelsen viste både flertallet og mindretallet at i visse tilfeller kunne arbeidsgiveransvaret gå ut over rettssubjektet hvor den ansatte formelt hadde sin kontrakt.

Den ene dommeren som utgjorde mindretallet var i stor grad enig med flertallet. Likevel ville han ilegge ansvar, og la avgjørende vekt på de forventninger kommunen hadde skapt av å være arbeidsgiver overfor arbeidstakerne. Dette er i samsvar med [Rt-1993-490](#) hvor rederiet Reksten ble idømt arbeidsgiveransvar fordi de i en uoversiktlig situasjon ikke på en tilstrekkelig tydelig måte hadde gitt uttrykk for at de ikke var arbeidsgivere, men bare fullmektige.

Flertallet i PPD-dommen viser i stor grad til NOU-1995-nr.17 "Om organisering av kommunal og fylkeskommunal virksomhet". I flertallets votum presiseres at: "*Uttalelser i rettspraksis om forholdet mellom selskaper i et konsernforhold, kan etter mitt syn ikke få anvendelse ved et interkommunalt samarbeidsforetak.*" Dette taler for å ikke ilegge dommen vesentlig rettskildeverdi ved behandling av privat sektor. Likevel er de betraktninger som gjøres av stor interesse også utenfor offentlig virksomhet, noe som bekreftes i senere rettspraksis og teori.

I RG-2002-1551-Frostating presiseres at rettssubjektet er utgangspunktet for arbeidsgiveransvaret, og at det kreves et særskilt grunnlag for å fravike dette.

Et elektrofirma ble nedlagt og de ansatte sagt opp. Firmaet var en tidligere utskilt avdeling fra det heleiende morselskapet. Selskapet hadde eget styre, egen daglig leder og var regnskapspliktige. Arbeidstakerne hevdet morselskapet hadde arbeidsgiveransvar.

”Etableringen av Nor-Tronic hadde i høyeste grad realitet. Det dreide seg ikke om omgåelse av loven; utilbørlige transaksjoner i selskapsforhold som ikke tåler dagens lys eller som av andre grunner ikke fortjener lovbeskyttelse. Morselskapet har ikke på noe stadium erklært seg som sideordnet arbeidsgiver med datterselskapet. Det har ikke garantert arbeidstakerne fortsatt arbeid i konsernet hvis Nor-Tronic skulle bli nedlagt. Det er ikke avtaler som arbeidsmessig, lønns- og pensjonsmessig kan sammenlignes med forholdene i Wärtsilä-dommen.”

Lagmannsretten uttaler videre at *”etter rettspraksis kan det bare skje i høyst ekstraordinære tilfeller”* at morselskapet pålegges arbeidsgiveransvar for ansatte i datterselskapet. Borgarting lagmannsretts dom av 21.01.2002 fastsetter også et slikt krav om særskilt grunnlag for ansvarsgjennombrudd i konsernforhold.

En kan påpeke at ved fisjoner vil oppdelingen kunne medføre svekket stillingsvern hvis en av de nye rettssubjektene kort tid etter må nedbemanne. Hvis tilfældigheter avgjør i hvilket selskap man tilknyttes, vil dette slå urimelig ut for arbeidstaker.

Et krav om særskilt grunnlag kommer også frem i Ot.prp.nr.49(2004-2005)pkt.6.2.4 s.76.¹³

”Departementet legger til grunn at det etter gjeldende rett blant annet skal legges vekt på hvem som i praksis har opptrådt som arbeidsgiver og som har utøvet arbeidsgiverfunksjoner. Det vises også til at det etter gjeldende rett er åpning for at arbeidsgiveransvaret etter en konkret vurdering kan plasseres hos flere dersom det foreligger et særskilt grunnlag for det, for eksempel at andre reelt har opptrådt som arbeidsgiver og utøvet arbeidsgiverfunksjoner.”

¹³ Se for øvrig Kommunal- og regionaldepartementets høringsbrev av 27.08.1998 s.10

I RG-2004-255-Frostating kom flertallet til at arbeidsgiverbegrepet er relativt og at gjennomskjæring måtte anvendes når den formelle organiseringen ikke var verneverdig. I den aktuelle saken kom retten til at det forelå to arbeidsgivere. Selv om dommen er avsagt med dissens 4-3 forteller den noe om hvor grensen ligger. Flertallets votum er godt begrunnet, og de reelle hensyn påpekes.

Adresseavisen hadde organisert konsernet i to hovedblokker. Morselskapet stod for avisens redaksjonelle arbeid mens en rekke andre oppgaver var fordelt på ulike datterselskap. For å øke salget ble det opprettet en telemarketing avdeling organisert som et datterselskap. Oppgavene besto i telefonsalg av avis til privatkunder. Etter etablering av nettavisen ble det behov for salg av næringsannonser. To av de ansatte i telemarketing avdelingen aksepterte å bli fristilt et år fra sitt kveldsarbeid for å selge næringsannonser på dagtid. Dette ble formalisert ved en tilleggsavtale mellom de to ansatte og datterselskapet. De fikk plass i markedsavdelingen til Adresseavisen, og opplevde seg underlagt avisens ledelse i det avisens salgsleder hadde en overordnet rolle for dem. Etter en stund viste det seg at nettavdelingen ikke hadde tilstrekkelig med oppdrag, og de to ble tilført nye salgsoppdrag av andre produkter for avisen.

Retten åpnet for at det er adgang til å organisere avisen i ulike selskap hvor hver avdeling begrenset sitt ansvar.

”Det er ikke uvanlig at virksomhet organiseres med datterselskaper som selger sine produkter til morselskapet. Det er heller ikke uvanlig at morselskapet setter inn sine egne i styre og ledelse. Det er også et akseptabelt formål at datterselskap etableres for å dekke morselskapets behov og for å gi synergier og generere inntekter. Utgangspunktet er at dette er lovlig, og det er intet «suspekt» å se ved etableringen og organiseringen av selskapet.”

Likevel påpeker retten at i enkelte tilfeller kan det være uoverensstemmelse mellom den formelle og den reelle organiseringen. I så fall vil de reelle forhold være avgjørende for hvem som er arbeidsgiver. Retten argumenterer her for et gjennombruddsansvar.

”[A]rbeidsgiverbegrepet er relativt og må tåle tilpasning til virkelighetens verden når de formelle strukturer forstyrres av motstridende realiteter. Særlig viktig er da spørsmålet om hvem som utøver styringsretten og om det utføres sammenfallende oppgaver.”

Retten kom til at selve utskillelsen av kveldsarbeidet var uproblematisk. Komplikasjonene oppstod etter at arbeidstakerne ble satt til annonsesalg. De drev da ikke med telemarketing som avtalen innebar, samtidig som avisen tok større styring over deres arbeidsoppgaver.

Videre påpeker retten en rekke vurderingsmomenter som vil være av betydning for spørsmål om gjennomskjæring. Det legges vesentlig vekt på utøvelsen av styringsretten. Et annet poeng er at en oppdragstaker normalt sett måtte ha tatt tilbake engasjerte arbeidstakere etter at markedet for annonseoppdrag skiftet. Når man likevel valgte å beholde dem, og de arbeidet med det samme som Adresseavisens ansatte i markedsavdelingen instruert av deres ledelse, var det liten tvil om at Adresseavisen var arbeidsgiver.

”Den valgte struktur og nære tilknytning kan gi grobunn for gjennomskjæring. Det kommer an på situasjonen, hva slags arbeid Telefontjenestens ansatte utførte og hvor involvert ledelse og ledere i Adresseavisen var i organisering og kontroll, både av deres hverdag og mer overordnet av selskapet. Styringsretten er den sentrale arbeidsgiverfunksjon. Det har for flertallet tegnet seg et klart bilde av en sterk overordnet styring med virksomheten fra Adresseavisens side - langt mer enn det som følger av eierskapet gjennom konsern og styre.”

Retten la også vekt på at annonsesalget var en betydelig inntektskilde og derfor en del av avisens kjernevirksomhet. Umiddelbart kan det virke underlig at avissalg til privatkunder ikke tekkes frem som en del av kjernevirksomheten i en avis, mens annonsesalg blir. I slike saker dreier det seg imidlertid om reelle hensyn. Domstolen leter etter grunnlag for den løsningen de anser som rimelig. Flertallet peker avslutningsvis på kjernen i vurderingen av eventuell gjennomskjæring. Når den formelle organiseringen ikke samsvarer med hvordan foretaket drives i realiteten, er ikke formalitetene verneverdige. En slik omgåelse og ansvarsfraskrivelse strider mot de grunnleggende hensyn loven skal ivareta, og et gjennomskjæringsgrunnlag foreligger.

”Arbeidsgiverforholdet er her av avgjørende betydning for stillingsvernet. Slik forholdet var for dagaktiviteten i den aktuelle situasjon, og bakgrunnen for rolledelingen tatt i betraktning, er det heller ikke urimelig at Adresseavisen tar ansvar. Det er egentlig kun den formelle struktur Adresseavisen har valgt som forhindrer at den ikke bærer arbeidsgiveransvaret alene. Resultatet ville blitt en forskjellsbehandling som ikke er verneverdig, en avveining av interessene tatt i betraktning - dette uaktet at Adresseavisens intensjoner ved opprettelsen av datterselskapet er verneverdige. Det er det formelle ansettelsesforhold som utgjør forskjellen. Det fremstår som en tilfældighet om man er ansatt i « store mor », med de muligheter det gir, eller i « lille datter », frattatt de samme goder med hensyn til arbeidstakervernet.”

4.1.2.3 Konklusjon

Ovennevnte dommer tilsier at det må foretas en konkret vurdering av tilknytningsforholdene, dette skal belyse hvor arbeidsgiveransvaret i realiteten ligger. Enten hos den ene, andre, begge eller flere parter. Loven, dens forarbeider og rettspraksis stadfester at rettssubjektet som den ansatte har en arbeidskontrakt med er arbeidsgiver med mindre det foreligger særskilt grunnlag for noe annet. Et slikt grunnlag vil kunne være avtale som i Wärtsilä-dommen. Tette sammenblandinger vil kunne innebære at den formelle organiseringen ikke samsvarer med den reelle, noe som i så fall kan tale for gjennomskjæring. Dette vil være tilfelle hvis flere enn arbeidsgiver har bestemmende innflytelse over arbeidstakeren, eksempelvis gjennom instruksjoner i et konsernforhold. Dersom et annet rettssubjekt utøver sentrale arbeidsgiverfunksjoner taler dette for at de utøver bestemmende innflytelse over arbeidstakeren. En underliggende faktor som av bevismessige grunner sjelden belyses er arbeidsgiveres intensjoner ved organiseringen. I den grad det lar seg gjøre å føre bevis for dette, vil det være et vesentlig moment. Det siste grunnlaget trukket frem i rettspraksis er arbeidstakers berettigede forventning.

4.1.3 Virksomhetsbegrepet

Hvis det drives sammenfallende oppgaver på tvers av ulike rettssubjekter, reises spørsmålet om hva som er virksomheten. Når man kan utvide arbeidsgiverbegrepet utover det konkrete rettssubjekt, kan det argumenteres for at det også åpner for at virksomhetsbegrepet i visse tilfeller vil kunne gå ut over det rettssubjekt ansettelsesforholdet gjelder. Årsaken til at man utvider arbeidsgiverbegrepet er å unngå at arbeidsgiver svekker stillingsvernet ved proforma organiseringer av arbeidsgiveransvaret. Disse hensyn gjør seg også gjeldende for virksomhetsbegrepet. Dette spesielt med tanke på det ikke er knyttet en legaldefinisjon til begrepet. Jeg mener derfor at vi kan anvende prinsippene og momentene fra forståelsen av arbeidsgiverbegrepet ved tolkningen av virksomhetsbegrepet. Argumentasjonen i dommene ovenfor er derfor relevant ved tolkningen av virksomhetsbegrepet.

Til støtte for en slik tanke er en kjennelse publisert i [Rt-1993-345](#). Her kom retten til at to selskaper var å betegne som en virksomhet.

En bedrift måtte avvikle produksjonen og gå til oppsigelser etter at ordrebøkene var tomme. Bedriften hadde blitt utkonkurrert av en utbrytergruppe som hadde etablert sitt eget selskap. Det spesielle var at bedriften hadde kjøpt opp majoriteten av aksjene i utbrytergruppens selskap og overført sin drift før de selv gikk til oppsigelser.

Spørsmålet i kjennelsen var om arbeidstaker kunne få fortsette i stillingen inntil rettskraftig dom var avsagt. I denne vurderingen måtte man ta stilling til det sannsynlige utfallet av saken, jf. [Rt-1991-330](#). Høyesterett så seg enig med byretten i at morselskapet og datterselskapet skulle anses som samme virksomhet. Sarpsborg byrett¹⁴ la ”konkret vekt på at mor- og datterselskap drev samme produksjon, begge i Sarpsborg. Saksøkerne er oppsagt etter at M-S kjøpte aksjemajoriteten i VE. Det kan da ikke være avgjørende at VE i noen måneder før drev som helt uavhengig selskap. Nedleggelsen av produksjonen i M-S har et visst preg av industripolitisk styring. Det skjer i h.t. kontrakten av 11.02.92 med de daværende aksjonærer i VE, og med det siktemål å bygge opp en sterk produksjonsenhet

¹⁴ Sak nr:92-00947 A

for fargekartproduksjon og distribusjon i de nordiske land. Produksjonsmidlene, herunder maskiner, utstyr og verktøy er overført fra morselskapet til datterselskapet.”

I realiteten hadde virksomheten flyttet mellom selskapene. Datterselskapet satt med de samme menneskene og den samme produksjonen, men bare i en ny organisering. Det ville da være urimelig om de ansatte skulle få et svekket stillingsvern fordi organiseringen så litt annerledes ut på papiret. Dette samsvarer med de underliggende hensyn i tolkningen av arbeidsgiverbegrepet, noe som belyser betydningen av ovennevnte praksis for virksomhetsbegrepet.

4.1.3.1 Konklusjon

Hvor omfattende virksomhetsbegrepet er i et konsernforhold, eller i andre former for sammenslutninger, vil bero på en helhetsvurdering av realiteten i skille mellom rettssubjektene og aktiviteten som drives. Man må her tolke virksomhetsbegrepet i lys av formålet til bestemmelsen begrepet står i. Utgangspunktet er at virksomheten knyttes til rettssubjektet, men ved særskilt grunnlag kan det knyttes til flere rettssubjekter. Dette vil kun gjelde i høyst ekstraordinære tilfeller hvor vektige grunner taler for det. Et slikt grunnlag kan oppstå gjennom avtale eller ved at man ut fra en konkret vurdering kommer til at tilknytningen mellom rettssubjektene og arbeidstakerne tilsier dette. Av betydning vil være flyten av arbeidskraft, og om selskapenes kjernevirksomhet drives innenfor samme aktivitetsområde. Et annet moment vil kunne være hvor arbeidsgiver i realiteten befinner seg organisatorisk. Med andre ord hvem som faktisk fremstår som arbeidsgiver. Det avgjørende for hvem som skal anses som arbeidsgiver, og hva som skal anses som virksomheten beror blant annet på en vurdering av hvor utøvelsen av arbeidsgiverfunksjonene ligger, jf. Rt-1996-1126 og Rt-1997-623. Viktige momenter i vurderingen vil være adgangen til avgjørelse av forhold som har vesentlig betydning for arbeidsgiver, og hvem som i siste instans har bestemmende innflytelse ovenfor arbeidstaker. Dette er forhold som instruksjonsmyndighet, lønnsfastsettelse og utbetaling, utarbeidelse av arbeidsvilkår, ansettelses- og oppsigelsesmyndighet.

4.1.4 Konserninterne arbeidsmarkeder

Personalressurser er en vesentlig verdi for virksomhetene. I konserner er det ofte ønskelig å fordele kompetanse og ressurser mellom foretakene. En mer mobil arbeidsstokk utnytter personalressursene bedre, og foretakene vil i større grad dekke kompetansebehovet uten å måtte leie inn kostbare eksterne konsulenter. En slik kompetansefordeling kan skape usikkerhet om arbeidsforholdets reelle tilknytning. Selv om utgangspunktet er at stillingsvernsreglene er knyttet til den formelle arbeidsgiver, er de reelle forhold avgjørende for hvem som anses som arbeidsgiver, og hva som omfattes av virksomheten. I det videre vil jeg belyse i hvilken grad organiseringen kan gi arbeidstaker utvidede rettigheter i en nedbemanningssituasjon.

Arbeidsgivers styringsrett innebærer normalt at arbeidstaker ikke kan pålegges å arbeide i et annet foretak enn hva som angis i arbeidskontrakten. Konserninterne arbeidsmarkeder forutsetter derfor avtale med arbeidstaker. Det er ikke uvanlig at arbeidstaker har en klausul i arbeidskontrakten med arbeidsplikt i øvrige selskaper i konsernet. En slik klausul kan være et moment, og vil kunne fremstå som et særlig grunnlag for å utvide arbeidsgiveransvaret til flere eller samtlige enheter i konsernet.

Dette samsvarer med Borgarting lagmannsretts dom av 14.02.2006 hvor det uttales at *”arbeidsgivers rett til å endre arbeidssted er et argument for å se konsernet under ett i relasjon til A.”*

Retten kom likevel til at virksomhetsbegrepet i tidligere §60 nr.2 her ikke omfattet hele konsernet. De la avgjørende vekt på at konsernet var spredt rundt i forskjellige land. Det ville derfor by på praktiske problemer å ikke kunne gå til oppsigelse dersom det forelå annet passende arbeid i et annet land hvor landets lovgivning uansett ikke anerkjente de norske stillingsvernsreglene.

En annen løsning er midlertidig utleie av arbeidskraft innad i konsernet, enten ved overskuddsbasert bruk av de ulike enheters kompetanse, eller ved opprettelse av et

vikarbyråselskap. Morselskapet kan leie ut arbeidskraft til datterselskapene i samme grad¹⁵ som til andre foretak, uten at dette får konsekvenser for rekkevidden av arbeidsgiveransvaret. Utleie utover dette vil derimot kunne få konsekvenser.

Dersom det eksisterer en flytende struktur hvor ansatte arbeider på tvers av konsernet, uten at dette er formalisert som utleie av arbeidskraft, betyr dette at hele konsernet kan anses som en organisasjon i forhold til arbeidsmiljølovens regler om arbeidsgiveransvar.¹⁶ Alternativt oppretter arbeidstakeren et arbeidsforhold i hvert av de engasjerende selskapene. Dette gjelder fortrinnsvis der hvor enhetene har hatt bestemmende innflytelse over arbeidstakeren. Hvis konsernet anses å være en samlet virksomhet vil dette ha betydning for plikten til å finne annet passende arbeid.

Ansettelse i morselskapet med arbeidsplikt i datterselskaper innebærer nødvendigvis ikke at begge selskapene er fullt ut forpliktet overfor arbeidstaker. Dette kommer frem av kjennelse i Rt-1987-1412 hvor beordring fra morselskapet iht. flytteplikt ikke skapte varige forpliktelser for datterselskapet, eller endringer i ansettelsesforholdet hos morselskapet. Retten uttalte:

”Dersom det ikke er inngått noen særskilt arbeidskontrakt med det norske datterselskap, synes gode grunner å tale for at Bowlin fortsatt var undergitt de vilkår som følger av hans arbeidskontrakt med selskapet i U.S.A., eventuelt med de modifikasjoner som var avtalt i forbindelse med at han ble overført til tjeneste i Norge.”

Saken ble hjemvist og endte igjen i Høyesterett, Rt-1988-476: *”Lagmannsretten har lagt til grunn at Bowlin i henhold til sitt arbeidsforhold med Conoco Inc. (USA) hadde en utstrakt internasjonal flytteplikt. Som følge av beordring til Norge knyttet han også et arbeidsforhold til Conoco Norway Inc., men den flytteplikt som var pålagt ham i henhold til arbeidsforholdet med Conoco Inc. (USA) besto fortsatt. Utvalget kan ikke se at*

¹⁵ Se skillet mellom hvem som har/ikke har til formål (som forretningsområde) å drive utleievirksomhet, aml.§14-12 og §14-13.

¹⁶ Jf. vurdering i pkt.4.1

lagmannsretten har bygd på uriktig lovtolkning når den har funnet at et pålegg om gjennomføring av flytteplikten i et slikt internasjonalt preget arbeidsforhold ikke kan anses som en oppsigelse i arbeidsmiljølovens forstand selv om den innebærer at tilknytningen til Conoco Norway Inc. opphører.”

Da datterselskapet ikke lenger hadde behov for arbeidstakeren, opphørte også ansvaret for han. Organiseringen innebar ingen varige utvidede rettigheter, og arbeidstakeren falt da tilbake til morselskapet. Det samme synet legges til grunn i Exploration Logging saken [Rt-1989-231](#) hvor det forelå et gruppeansettelsesforhold.

Tre ingeniører var i henhold til en hovedansettelseskontrakt ansatt i en internasjonal gruppe av selskaper. Arbeidstakerne ble beordret til å jobbe hos de andre medlemsselskapene etter hovedarbeidskontraktpartens ønsker. Mens de arbeidet i medlemsselskapene ble det skrevet en form for midlertidig arbeidskontrakt som var grunnlaget for søknadene om arbeidstillatelse. Medlemsselskapet hvor de jobbet sto for alle arbeidsgiverfunksjonene bortsett fra lønnsutbetalingen som kom fra hovedarbeidskontraktsmotparten. Etter å ha arbeidet i Norge motsatte de seg flytting og påberopte seg oppsigelsesvern.

Høyesterett aksepterer her at ansettelsesforholdet kunne avsluttes uten å måtte gå til oppsigelse, dette fordi det forelå et ”gruppeansettelsesforhold” som ikke opphørte ved flytting selv om arbeidstakeren sluttet å arbeide for medlemsselskapet.

”Det er imidlertid uten videre klart at Exploration Logging Norge hadde viktige arbeidsgiverfunksjoner, herunder instruksjonsrett og ansvaret for overholdelse av norsk arbeidsmiljølovgivning, og iallfall i mange relasjoner må anses som arbeidsgiver. Men dette kan ikke være til hinder for at bestemmelsen om flytteplikt i hovedansettelseskontraktens punkt 3 må gjelde på en slik måte at de ansatte kan beordres til flytting som medfører at tilknytningen til det norske selskap opphører, uten at det er nødvendig å gå veien om oppsigelse.

I Wäertsillä saken medførte felles arbeidsgiveransvar at annet passende arbeid i begge selskapene skulle vurderes. Dommen skiller seg fra Exploration Logging og Conoco

sakene ved at det forelå en konkret avtale istedenfor en generell klausul, og at arbeidstakeren i Wäertsillä faktisk mistet arbeidet. I sammenheng betyr dette at en internasjonal flytteplikt ikke gir varige utvidede rettigheter i nedbemanningssituasjon, men kun utvidede rettigheter under beordringen. Dette pga. komplikasjonene videre utvidede forpliktelser vil kunne innebære.¹⁷

4.2 Avgrensning av utvelgelseskrets

En snever tolkning av virksomhetsbegrepet vil inndeles selskapet i ulike enheter. Utgangspunktet er at virksomhetsbegrepet i §15-7 første ledd omfatter arbeidsgivers samlede aktivitet. Spørsmålet blir derfor om virksomhetsbegrepet i spesielle tilfeller kan referere seg til de ulike delene av foretaket. I så fall vil denne oppdelingen kunne anvendes i nedbemanningsprosessen for å begrense prosessen til utvalgte avdelinger eller enheter i selskapet.

Dette spørsmålet vil gjøre seg gjeldende i bedrifter organisert som et rettslig subjekt med flere enheter fordelt på et større geografisk område, og foretak som driver innenfor vidt forskjellige forretningsområder eller er organisert med en rekke ulike avdelinger.

Hvis en bedrift som er spredt rundt i landet yter de samme tjenestene innen ulike geografiske områder, vil en kunne si at hver enhet som opererer på de ulike markedene utgjør en virksomhet. Dette selv om de driver samme aktivitet. En annen avgrensning vil kunne være et juridisk subjekt som driver med forskjellige aktiviteter, og derved har ulike inntektskilder. Etter min mening vil begge tilfellene kunne forankres i en språklig forståelse av begrepet virksomhet.

I NOU- 2004-nr.5 omtales forståelsen av virksomhetsbegrepet: *"Dersom en virksomhet er organisert med hovedkontor og avdelingskontorer, som kan være geografisk spredt over et større område eller hele landet, er det etter loven eller forarbeidene ikke klart om så vel*

¹⁷ I internasjonale forhold vil man blant annet stå ovenfor et lovvalgsproblem som jeg velger å ikke gå inn på.

*hovedkontor som avdelingskontorene må regnes som en samlet virksomhet, eller om hovedkontoret og de enkelte avdelingskontorer er å anse som forskjellige virksomheter i forhold til de enkelte bestemmelsene i loven.”*¹⁸ Utvalget drøfter her begrensning av utvelgelseskretsen ved tolkning av virksomhetsbegrepet. De påpeker videre at en *”fortolkning av virksomhetsbegrepet som innebærer at det skal forstås snevrere enn arbeidsgivers samlede virksomhet må i henhold til dette ha et særskilt grunnlag.”* Utvalgets merknader her er ikke blitt bemerket eller viderebehandlet i senere forarbeider. Vi kan derfor ikke gå ut fra at dette er lovgivers synspunkt. Uttalelsen kan kun illegges vekt som juridisk teori.

I og med at bestemmelsene om oppsigelsestid ivaretar både arbeidsgiver og arbeidstakers interesser ved fratredelse, taler dette for at forståelse av begrepet her kan anses som et nøytralt utgangspunkt for loven generelt. I §15-3 nr.6 reguleres oppsigelsestiden blant annet av hvor lenge man har jobbet i virksomheten. Bestemmelsen tilfører elementer som tilsynelatende er utenfor virksomhetsbegrepet.

”Ved beregning av ansettelsestid etter denne paragraf skal medregnes den tid arbeidstakeren har vært ansatt i annen virksomhet innenfor konsern som arbeidsgiver tilhører eller innenfor annen gruppe av virksomheter som er knyttet sammen gjennom eierinteresser eller felles ledelse på en slik måte at det er naturlig å se ansettelsesforholdene i sammenheng.”

Fougner¹⁹ poengterer i forbindelse med denne bestemmelse at presiseringen ikke hadde vært nødvendig hvis loven opererte med et vidt virksomhetsbegrep. Han hevder at presiseringen derfor taler for at loven opererer med et snevert virksomhetsbegrep. Man tolker da virksomhetsbegrepet slik at det ikke omfatter *”annen gruppe av virksomheter som er knyttet sammen gjennom ... felles ledelse”*. Her fravikes det fastsatte utgangspunktet om at virksomheten er rettssubjektet. Fougner mener at siden man ikke har tatt inn samme

¹⁸ NOU 2004:5 pkt.10.4.1 s.149

¹⁹ Fougner(1999)s.151

tilleggsregulering i de andre bestemmelsene, samtidig som lovgiver naturlig nok har vært oppmerksom på problemet, taler dette for en snever forståelse av virksomhetsbegrepet i §15-7. I denne bestemmelsen forstår han virksomheten som den *”konkrete aktivitet en bestemt arbeidsgiver og bestemte arbeidstaker i fellesskap bedriver”*. Dette samsvarer med den forståelse som innledningsvis ble lagt til grunn av ordlyden.

Likevel mener jeg en skal være forsiktig med antitetisk tolkning i aml. Dette fordi bestemmelsene i stor grad presiserer praksis, noe som innebærer at selve ordlyden sjelden kan tas til inntekt for mer enn den uttrykker, spesielt der dette ikke har støtte i andre kilder.

I ot.prp.nr.64(2001-2002) uttales det i kommentaren til virksomhetsbegrepet i §14-1 i pkt.3.3.1: *”Begrepet ”virksomhet” må som hovedregel tolkes som hele arbeidsgiverens organisasjon.”* §14-1 gjelder arbeidsgivers plikt til å informere om ledige stillinger i virksomheten. Dette er derfor en ren informasjonsbestemmelse med bakgrunn i EF rådsdirektiv om midlertidig ansettelse. Bestemmelsen har som formål å sikre informasjon til deltidsansatte og midlertidig ansatte. Samtidig må den ses i sammenheng med bestemmelsene om fortrinnsrett til ny ansettelse. På bakgrunn av dette er det viktig for effektiviteten av bestemmelsen å operere med en vid forståelse av virksomhetsbegrepet. Tolkningen av begrepet i §14-1 trenger derfor nødvendigvis ikke å ha stor innvirkning på tolkningen av begrepet i §15-7.

I forbindelse med implementering av EU direktiver om virksomhetsoverdragelse uttalte departementet i lovproposisjonen at formuleringen *”virksomhet eller del av virksomhet” er ment å klargjøre at det ikke er noe vilkår at hele virksomheten som sådan (i betydning selskap, foretak etc.) overføres til ny innehaver... Det er heller ikke noe vilkår at overdragelsen gjelder selvstendige enheter rettslig sett, selv om det i praksis som oftest antas å være tilfelle”*.²⁰

²⁰ Ot.prp.nr.71(1991-92)s.30

Det at Justisdepartementet valgte å presisere at bestemmelsen også fikk anvendelse ved overføring av "*del av virksomhet*", tyder på at departementet gir virksomhetsbegrepet en vid forståelse. Når man i tillegg har sett det nødvendig å presisere at den overførte enhet ikke trenger å være en selvstendige juridisk enhet, betyr ikke det nødvendigvis at man mener at deler av en virksomhet vil kunne være et selvstendig juridisk subjekt. Presiseringen knytter seg til del av virksomhet. Lovgiver forstår med andre ord rettssubjektet som virksomheten også i forhold til virksomhetsoverdragelse.

Direktivet er grunnlaget for bestemmelsen i aml., og direktivets formål samsvarer således med bestemmelsens formål. Etter preambelen er formålet å sikre at arbeidstaskers rettigheter blir ivarettatt ved virksomhetsoverdragelse. Med andre ord å sikre trygge tilsetningsforhold, slik som formålet til §15-7. I og med at bestemmelsene har tilnærmet identiske formål taler dette for at forståelsen av begrepet her vil ha betydning i tolkningen av begrepet i §15-7.

Den eneste Høyesterettsdommen som behandler adgangen til å begrense nedbemanningen til utvelgeseskretser er [Rt-1992-776](#), Sparebanken Nord-Norge.

Sparebanken var det første offer for bankkrisen på slutten av åttitallet. Banken var i en svært vanskelig situasjon, og man hadde ingen eksempler i norsk rett på hvordan man skulle løse problemene. Sparebanken Nord-Norge hadde ca 700 årverk fordelt på 17 avdelinger med i alt 48 filialer i Troms og Finmark. Banken opprettet først et omstillingsutvalg med to ansatterepresentanter, og to representanter fra bankens ledelse. Denne gruppen utarbeidet en omstillingspakke. Dette var en plan for frivillige fratredelser med førtidspensjonering og andre sluttpakker. 90 stykker gikk frivillig, noe som medførte at 50 måtte sies opp. I alt 18 filialer måtte legges ned, og man bestemte at man ved filialnedleggelsene skulle si opp de ansatte i vedkommende filialer. Dette fordi alternativet ville være mindre praktisk og kunne skapt større uro i banken. Frivillig avgang hadde åpnet stillinger andre steder, og de oppsagte skulle konkurrere innen sine avdelingskontors områder. Dersom disse ikke ble besatt ville man utlyse stillingene for arbeidstakere under andre avdelingskontor.

Retten uttalte: *”Med det betydelige geografiske område banken dekket, og på bakgrunn av at banken, slik den da forelå, hadde sitt utgangspunkt i nylig gjennomførte fusjoner av en rekke lokalbanker, var det ikke urimelig å vurdere hver avdeling for seg.”*

Domstolen viste til at planen ble utarbeidet i nær kontakt med de ansatte, og *”på best mulig måte søkte å sikre både bankens og de ansattes interesser.”* Det opplegget som ble fastsatt ble også fulgt konsekvent. Videre gjøres det til et vesentlig poeng at banken handlet under sterkt tidspress. Banken hadde et tyngende behov for å spare utgifter.

Domstolens fokus på at det nylig var foretatt fusjoner, tyder etter min mening på at man vektla filialenes selvstendighet. Hensynet er at det kan fremstå som urimelig og tilfeldig dersom nylige innfusjonerte arbeidsplasser fra et kriserammet selskap skal reddes på bekostning av selskapets øvrige arbeidsplasser. Det er videre lagt vekt på at ansettelsesmyndigheten lå hos avdelingsbankene, noe som også er et tegn på at graden av selvstendighet har vesentlig betydning. Ved at domstolen trekker frem det geografiske aspektet, kan det stilles spørsmål om hvor stor selvstendig vekt det egentlig har. Etter min mening er det sentrale den selvstendigheten den geografiske oppdelingen gir avdelingene og den totale størrelsen på selskapet, ikke selve den geografiske avstanden.

Denne forståelse underbygges av at en av de oppsagte hadde jobbet i Grovfjord som hørte under avdelingskontoret Hamnvik tolv mil unna. Hun ønsket tilbud om jobb i avdelingskontoret i Harstad som lå under seks mil fra hennes tidligere jobb. Et slikt tilbud fikk hun ikke idet man konsekvent forholdt seg til avdelingsorganiseringen. Hvis hun hadde blitt vurdert under avdelingen i Harstad ville hun med sin ansiennitet fått tilbud om jobb, men retten var klare på at de to ulike avdelingskontorene kunne vurderes separat. Likevel kan geografien ha hatt en selvstendig betydning i og med at arbeidsgiver i medhold av styringsretten ikke kunne flyttet vedkommende til en annen avdeling. Arbeidsgiver må i et slik tilfelle gi arbeidstakeren en endringsoppsigelse. Uansett er det klart at geografiske

forhold vil ha stor betydning ved oppdeling av utvelgelseskretser, men da først og fremst i forhold til håndteringshensyn.

Dommen statuerer at det i visse tilfeller foreligger adgang til å avgrense utvelgelseskretsene til foretakets ulike avdelinger innenfor det samme rettssubjekt. Selv om avgjørelsen er svært konkret og momentene som trekkes frem er nokså skjønnspregede, gir dommen indikasjoner på hva som vil være relevant. Det vesentlige er at domstolen stiller spørsmål om det kan anses som rimelig å foreta en oppdeling. Dette betyr at vurderingen i stor grad vil være basert på rimelighetsbetraktninger.

I juridisk teori hevdes det at dommen taler for at saklighetskravet er hjemmelsgrunnlaget for anvendelsen av utvelgelseskrets. Sparebanken Nord-Norge dommen kan også forstås slik at Høyesterett tolker arbeidsgiver-, og virksomhetsbegrepet snevrere. Høyesterett begrunner aksepten av oppsigelsene etter en vurdering av de ansattes tilknytning til de respektive filialene. Høyesterett finner under bevisføringen at saksøkers *”ansettelsesforhold var knyttet til filialen, og at hun ikke uten eget samtykke kunne omflyttes til avdelingskontoret.”* Med andre ord krevdes en endringsoppsigelse for å kunne flytte de ansatte fra filialene. Det påpekes også at *”ansettelsesmyndigheten var tillagt avdelingsbankene. I og med at ansettelsesforholdene for arbeidstakere ved filialene var knyttet til disse, var det også et naturlig utgangspunkt at det var de filialansatte som måtte fratre når filialen ble nedlagt. Den ordning som ble fulgt, kan i utgangspunktet ikke sies å være i strid med arbeidsmiljøloven §60.”* Dette støtter forståelsen av at det er filialen som anses som selvstendige arbeidsgiver. Arbeidsgiverbegrepet tolkes således snevrere. Noe som taler for at Høyesterett opererer med et snevrere virksomhetsbegrep.

Retten uttaler at banken hadde saklig grunn til å gå til oppsigelse fordi den økonomiske situasjonen nødvendiggjorde nedleggelse. Hensynet til de ansatte var ikke så tungtveiende at filialene måtte opprettholdes. Her har retten foretatt en interesseavveining mellom virksomhetens behov, og de ansattes ulempe ved oppsigelsen.

”Når nedleggelse var nødvendig ut fra bankens økonomiske situasjon, må det videre legges til grunn at hensynet til de ansatte ikke kunne være så tungtveiende at filialene måtte opprettholdes ut fra en avveining etter arbeidsmiljøloven §60.”

Dette er grunnlaget for at man hevder spørsmålet om utvelgelseskrets beror på en saklighetsvurdering. Jeg mener at filialenes og avdelingsbankenes selvstendighet var avgjørende for adgangen til å operere med en utvelgelseskrets. Dette er forhold som i realiteten taler for en snever forståelse av virksomhetsbegrepet. Samlet sett kan det forstås slik at hver filial representerer en virksomhet. Fougner mener dette kan leses mer direkte ut av dommen.²¹

I NOU-1996-nr.6²² påpeker utvalget at [Rt-1992-776](#), Sparebanken Nord-Norge saken, behandler spørsmålet om enkelte filialer i selskap kan anses som en virksomhet i forhold til bestemmelsene i §60 nr.2 og §61 nr.4.

Disse bestemmelsene gjaldt plikt til å vurdere annet passende arbeid i virksomheten, og retten til å stå i stilling. Jeg mener at spørsmålet om annet passende arbeid skal vurderes separat etter at man har foretatt utvelgelsen av hvilke arbeidstakere som får oppsigelse.

Ved bedømmelsen av annet passende arbeid skal kun ledige stillinger i en eventuelt ny organisasjon vurderes, mens ved utvelgelsen skal man vurdere alle stillingene opp mot hverandre. Man vil derfor ha et større behov for å begrense kretsen til en mer håndterlig masse ved utvelgelsen. Bestemmelsene har således ulikt utgangspunkt. Som tidligere påpekt vil virksomhetsbegrepet kunne tolkes ulikt i de forskjellige bestemmelsene. Likevel vil man stå overfor spørsmålet om begrensning av en krets, her kretsen for tilbudsplikten. Uttalelsen støtter forståelsen av at en begrensning i kretsen for annet passende arbeid beror på en tolkning av virksomhetsbegrepet. En slik forståelse vil også være et argument for at

²¹ Fougner(1999)s.144

²² Pkt.3.8.2

man anvender en snever tolkning av virksomhetsbegrepet ved begrensning av utvelgelseskretsen for oppsigelsene.

Hvis man har anledning til å tolke området for annet passende arbeid snevert, har man utvilsomt anledning til å tolke virksomhetsbegrepet i første ledd minst like snevert. Dette fordi reelle hensyn samt de skisserte momentene vil gjøre seg sterkere gjeldende ved utvelgelsen. Uttalelsen kan også forstås slik at det forutsettes et saklighetskrav i forhold til oppsigelsene, og at man opererer med en snevrere tolkning i forhold til retten til annet passende arbeid.

I NOU-2004-nr.5 påpeker utvalget i sin gjennomgang av gjeldende rett at dommen modifierer utgangspunktet om at virksomhetsbegrepets avgrensning følger av arbeidsgiverbegrepet.²³ Utvalget mener med andre ord at dommen taler for at virksomhetsbegrepet kan være snevrere en arbeidsgiverbegrepet, ved at rettssubjektets ulike enheter anses som selvstendige virksomheter.

PPD-senter dommen, tidligere redegjort for, kan sies å ta til orde for en snevrere tolkning av virksomhetsbegrepet. Utgangspunktet er at kommunenes samlede aktiviteter anses som dens virksomheten.²⁴ Dette følger av at man i kommunal sektor opererer med kommunen og ikke bydelen eller etatene som arbeidsgiver.²⁵ I saken hadde kommunene etablert et interkommunalt selskap som med overføringer skulle utføre oppgavene kommunene var lovpålagt. Som nevnt medførte selskapets selvstendighet at domstolen likevel ikke ville anse selskapet som en del av kommunens virksomhet.

Dommen belyser at den reelle organiseringen har stor betydning for utfallet. Dette fordi det legges avgjørende vekt på senterets selvstendighet. De dommene som er gjennomgått er meget konkret begrunnet, noe som er typisk for rettspraksis på området. Dette tyder på at

²³ NOU 2004:5s.152

²⁴ Se mindretallets votum

²⁵ Se Rt-1998-1357

det er vanskelig å vise til generelle kriterier for en eventuell snever tolkning av virksomhetsbegrepet. Avgjørelsene syntes å være svært skjønnsbaserte, og rimelighetsbetraktninger spiller en vesentlig rolle.

Verken loven eller forarbeidene sier noe om hvilken arbeidsrettslig betydning organiseringen vil ha for virksomhetsbegrepet. Dege²⁶ skriver at i *”forbindelse med landsomfattende firmaer med kontorer i flere regioner, kan det være et spørsmål om man skal se hele firmaet under ett når det gjelder oppsigelser ved driftsinnskrenkninger eller om det er naturlig å snevre inn virksomhetsbegrepet til hver sone selv om alle regioner er i den samme juridiske enhet.”*

Dege stiller spørsmål om adgangen til en snevrere fortolkning av virksomhetsbegrepet kan brukes som hjemmel for å begrense utvelgelseskretsen ved nedbemanning.

Problemstillingen drøftes ikke videre, men det vises til en byrettsdom hvor partene la til grunn at man kunne begrense utvelgelseskretsen. Underrettspraksis viser at det ikke er uvanlig at partene under tidligere forhandlinger har blitt enige om utvelgelseskretsen. Det har medført at man sjelden prosederer på utvelgelseskrets, og retten derfor heller ikke ser seg tvunget til å vurdere spørsmålet. Som påpekt er slik enighet kun et moment i vurderingen. Den utbedte aksepten for avgrensning av utvelgelseskretsen i praksis taler også for en slik adgang, men den gir ingen indikasjon på hva det rettslige grunnlaget er.

Det er verdt å merke seg at hvis et selskap organiserer de ulike regionene som selvstendige rettssubjekter, vil det kunne bli spørsmål om videre tolkning. Det er vanlig at en enhet utenfor avdelingen står for samordning av avdelingene, utbetaling av lønn, og mer overordnede strategiske tiltak. Dette er forhold som har stor innvirkning på den enkelte ansatte. Det kan sammenlignes med den styring og innflytelse et morselskap har i et konsernforhold. Vurderingen av spørsmål om avdelingens selvstendighet blir således den samme som vurderingen av om arbeidsgiveransvaret er videre enn rettssubjektet. Frykten

²⁶ Dege(2003)s.44

for proforma organisering av virksomheten med hensikt å omgå arbeidsmiljølovens regler, taler for gjennomskjæring og utvidende tolkning av virksomhetsbegrepet. De samme hensyn taler ikke for en snevrere tolkning av begrepet, dette fordi en slik tolkning vil gi arbeidstakeren svakere rettigheter. Likevel kan hensynet til arbeidsgiveren tilsi at man burde ha en slik adgang. Arbeidsmiljølovens regler er nettopp utviklet ved avveininger mellom arbeidstakerens behov for en trygg og sikker arbeidsplass og arbeidsgiverens behov for konkurransedyktige vilkår. Som vi har vært inne på tidligere ville det måtte foreligge et særskilt grunnlag for å tolke arbeidsgiver- og virksomhetsbegrepet vidt. Det samme kravet bør derfor være utgangspunktet for snever tolkning.

Når en avdeling utøver de sentrale arbeidsgiverfunksjonene overfor sine ansatte kan dette komme som følge av at arbeidskontrakten er knyttet direkte opp mot avdelingen, eller at arbeidsgiver har delegert dette ansvaret til avdelingen. Selv om ansvars- og arbeidsgiverfunksjonene er delegert, vil arbeidsgiveren ha det overordnede ansvaret. Er derimot arbeidsforholdet direkte knyttet til en avdeling, og arbeidsgiver som følge av dette ikke kan beordre den ansatte til å arbeide utenfor avdelingen, bør det åpnes for en snevrere forståelse av virksomhetsbegrepet.

I unntakstilfeller vil enkelte avdelinger ha en så selvstendig stilling at det bør vurderes om de skal anses som en virksomhet. Forarbeidene og rettspraksisen som det tidligere er vist til, sett i sammenheng med de reelle hensyn, taler for en slik adgang. Det vil således være anledning til å fravike utgangspunktet om at det rettssubjekt som arbeidstaker er ansatt i, er virksomheten. Det kreves at det foreligger et særskilt grunnlag for å benytte en slik adgang. Et slikt grunnlag vil kunne være forhold som indikerer selvstendigheten, eksempelvis arbeidsavtalen, utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner og en flytende struktur.

4.3 Virksomhetsbegrepets reelle betydning

I teorien legges det i stor grad til grunn at adgangen til å fastsette en utvelgelseskrets avgjøres ut fra en saklighetsvurdering. Som nevnt kan det argumenteres for at enkelte enheter har en så selvstendig stilling at de bør kunne vurderes separat når vektige grunner

taler for det. Ovenfor har jeg sett på i hvilken grad man kan anvende tolkning av virksomhetsbegrepet til samme formål. Spørsmålet om å utvide arbeidsgiveransvaret til et helt konsern vil da i realiteten være det samme som spørsmålet om å innskrenke kretsen til en avdeling.

Ved å hjemle adgangen til begrensing i utvelgelseskretsen i virksomhetsbegrepet, vil selve begrepet sette en ramme for rekkevidden. Begrepstolkning setter en grense for hvor langt man kan bevege seg bort fra ordlyden. Selv om det ikke vil være like enkelt å skjerme grupper, vil arbeidsgiver gjennom den alminnelige saklighetsvurdering og ved valg av utvelgelseskriterier, kunne ivareta behovet for å beskytte ulike yrkesgrupper og spesielle kompetansebehov. Utvelgelseskriteriene vil kunne danne egne grupperinger innen kretsen. Grensen mellom utvelgelseskrets og utvelgelseskriterier er noe vag. Under argumentasjon for bestemte utvelgelseskretser i teori og praksis påberopes enkelte ganger momenter for utvelgelseskriterier. Dette er etter min mening en uheldig sammenblanding.

§15-7 tar utgangspunkt i virksomhetsbegrepet. Begrepet setter rammen for saklighetsvurderingen i bestemmelsen. Det er likevel bare et begrep lovgiver har valgt å benytte. Selv om virksomhetsbegrepet er flytende, er utgangspunktet for begrepet det rettssubjekt arbeidstakeren er ansatt i, noe som innebærer at organiseringen av bedriften vil ha betydning for rammene til oppsigelsesvernet.

Med rettssubjektet som utgangspunkt blir vurderingen annerledes om man er ansatt i Aker konsernet som er organisert i en rekke rettssubjekter, enn om man var ansatt i gamle Hydro som var organisert som ett stort rettssubjekt. Dette vil virke urimelig. Valg av selskapsform og organisering beror på de til en hver tid gjeldende rammebetingelser. Foretak organiserer seg som konsern for å oppnå ansvarsbegrensing i de selvstendige rettssubjektene samt av skattemessige hensyn. Lovene som regulerer ansvars- og skatteforhold stiller strenge krav til forutberegnelighet, og reglene kan derfor i mindre grad baseres på skjønnsmessige avveininger. Rimelighetsbetraktninger har således en mindre gjennomslagskraft her enn andre steder i rettsvesenet.

Virksomheters organisering gir tydelige signaler til de berørte aktører, og organiseringen vil derfor være avgjørende for disse bestemmelsene. Bestemmelsene i arbeidsmiljøloven er ikke like rigide. I spesielle tilfeller vil ikke resultatene bli urimelige fordi loven må tolkes strengt av hensyn til klarhet og forutberegnelighet. Arbeidsmiljøloven har et sett med regler som begrenser arbeidsgivers styringsrett, og er sammensatt av en rekke regler som skal ivareta kryssende hensyn. Slike hensyn kan være å sikre trygge arbeidsplasser for de ansatte, samtidig som man skal opprettholde sysselsettingen og sørge for at pliktene som ilegges arbeidsgiver er konkurransedyktige. Oppsigelsesvernet skal ikke være så strengt at det truer foretakets videre drift.

Avveiningene som skal foretas kan i mange tilfeller være svært kompliserte siden det er en rekke hensyn som trekker i ulike retninger. Etter §1-1 har arbeidsmiljøloven til formål å trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet. Likebehandlingen omfatter vern mot diskriminering, mens beskyttelse av ansettelsesforholdene er hovedformålet for kontraktsreglene.²⁷ Siden skjønnsvurderinger og rimelighetsbetraktninger har fremtredende roller, vil retten ofte falle ned på det resultatet som synes fornuftig. Dette fordi bedriften ikke skal kunne organisere seg bort fra sitt lovpålagte ansvar. Det er realiteten som vurderes og ikke formaliteten. I så måte taler lovens system og formål for at foretakets formelle organisering ikke skal spille noen vesentlig rolle ved anvendelse av stillingsvernsbestemmelsene. I og med at avgjørelsene i så stor grad baserer seg på rimelighetshensyn og avveiningen mellom ulike slike hensyn, vil man komme frem til samme resultat selv uten virksomhetsbegrepet. Dette illustrerer betydningen av de underliggende hensyn.

²⁷ Ot.prp.nr.49(2004-2005) s.70

5 Saklighetsvurdering

Virksomheten er utgangspunktet for utvelgelsen ved nedbemanning. I underrettspraksis og juridisk teori vises det til et selvstendig saklighetskrav som gir adgang til begrensning av utvelgelseskretsen til enkelte deler av virksomheten. Jeg mener dette utgangspunktet ikke er forenelig med arbeidsmiljølovens individuelle oppsigelsesvern som forutsetter at hver oppsigelse skal vurderes konkret.

Når arbeidsgiver ved nedbemanning går til oppsigelse av en ansatt skal oppsigelsen være saklig begrunnet i virksomhetens forhold. Saklighetskravet er en vel utviklet rettslig standard og inneholder flere ulike elementer. Det er først og fremst et krav om at man har en god nok saklig grunn, dvs. et bedriftsøkonomisk begrunnet behov for å nedbemanne. Det fremgår av annet ledd at man skal foreta en interesseavveining mellom virksomhetens behov for å nedbemanne, og arbeidstakers ulempe ved å miste jobben. Det ligger i saklighetskravet at man ikke skal ta med utenforliggende hensyn inn i bedømmelsen. I §15-1 og §15-2 stilles det krav om drøftelsesplikt for arbeidsgiver. Dette innebærer at arbeidsgiver ved interesseavveiningen skal ha fått tilstrekkelig informasjon til å trekke sin konklusjon. Et annet aspekt ved saklighetskravet vil da være at informasjonen som er lagt til grunn for avgjørelsen skal være riktig.

Etter å ha tatt beslutningen om å gå til oppsigelser må man identifisere hvilke stillinger som er overtallige. I denne sammenheng kan spørsmålet om utvelgelseskrets komme, slik enkelte hevder. Deretter vil man velge hvilke ansatte som skal gå. Disse må nødvendigvis ikke være de samme som har vært innehavere av stillingene. Det siste aspektet av saklighetskravet vil så være selve utvelgelsesprosessen. Her vurderer man de ulike ansatte opp mot hverandre etter saklige fastsatte kriterier, såkalte utvelgelseskriterier. Disse kriteriene kan ikke fravikes uten saklig grunn.

Etter §15-2 skal arbeidsgiver ved masseoppsigelser gi ut en rekke informasjon, samt avholde drøftinger med representanter for arbeidstakerne. Masseoppsigelser forstås som der hvor ti eller flere arbeidstakere sies opp innen 30 dager grunnet virksomhetens

forhold.²⁸ Et av punktene som skal opplyses om er hvilke arbeidsgruppe vedkommende arbeidstakere tilhører. Denne bestemmelsen er et utslag av EFs rådsdirektiv av 17.02.1975.²⁹ Direktivets formål er at drøftinger skal kunne lede til avtaler som hindrer oppsigelser, eller redusere antall oppsigelser og lette følgen av de oppsigelser som gis. Informasjonen om arbeidsgruppen kan tolkes som et uttrykk for at lovgiver anerkjenner adgangen til å begrense utvelgelseskretsen innenfor gitte arbeidsgrupper. Tanken er at partene på forhånd skal bli enige om utvelgelseskretsen, noe som i stor grad også praktiseres. Dette innebærer at kretsen ikke er gitt på forhånd, slik den nødvendigvis vil være ved tolkningen av et begrep. Dette er således et argument for at saklighetskriteriet bør være hjemmelsgrunnlaget for begrensning i utvelgelseskretsen.

Det er lite trolig at Sparebanken Nord-Norge dommen kan tas til inntekt for at banken ikke kunne nedbemanne med utgangspunkt i hele foretaket. Banken fikk anledning til å benytte en snevrere utvelgelseskrets enn det som er lovens utgangspunkt. Aksepten av nedbemanningen innebar ikke at dette var den eneste løsningen. En saklighetsvurdering vil åpne for at flere løsninger kan være akseptable. Det vil derimot ikke tolkningen av et enkeltbegrep, hvor man søker å finne begrepets rette forståelse.

Ved en nedbemanning i Braathens, RG-2004-222-Borgarting delte retten seg når det gjaldt spørsmålet om hensynet til en samlet effektiv gjennomføring av nedbemanningen kunne berettige et urimelig resultat for den enkelte arbeidstaker.

Trafikk- og billettavdelingen på Flesland ble vurdert separat. Dette fikk som følge at en ansatt i billettavdelingen med ansiennitet fra 1990 ble sagt opp, mens en ansatt i trafikkavdelingen med ansiennitet fra 1995 fikk beholde jobben. I og med at arbeidet i trafikkavdelingen var mindre komplisert ville det vært uproblematisk å overføre ansatte fra billettavdelingen til trafikkavdelingen.

²⁸ Legaldefinisjon §15-2

²⁹ 75/129/EØF

Selv om trafikk- og billettavdelingene var vurdert samlet ved fire mindre stasjoner andre steder i landet, og ansatterepresentanten for billettavdelingen ønsket avdelingene vurdert samlet, mente flertallet at oppsigelsen skulle kjennes gyldig. Dette fordi det på den tiden var frykt for at Braathens ble rammet av konkurs, og det derfor var nødvendig å iverksette nedbemanningen raskt. Retten trakk frem at nedbemanningsopplegget var gjort i samråd med de tillitsvalgte, og at det ikke var mulig å foreta opplæring av ansatte som eventuelt skulle bytte avdeling. Dessuten var prosessen konsekvent fulgt i tråd med de retningslinjene som var fastsatt på nasjonalt plan.

Flertallet viste til en uttalelse i Sparebanken Nord-Norge hvor det legges spesielt vekt på behovet for en rask og effektiv nedbemanning: *"Det kunne ikke anses usaklig at banken fant å måtte holde seg til de generelle retningslinjene som var fastsatt"*. Her aksepteres oppsigelsen til tross for at den ansatte ved en videre krets ville fått tilbud om jobb ved en annen filial under et annet avdelingskontor i nærheten av der hun jobbet.

Mindretallet var enige i at det ikke ville være naturlig å vurdere hele selskapet under ett pga. den geografiske spredningen med bakkepersonell over hele landet. Likevel mente de at avdelingene på Flesland burde vært vurdert under ett siden resultatet av inndelingen ble klart urimelig i den konkrete oppsigelsen. De mente også at det ikke skulle vektlegges at de lokale representantene var enige i planen. Dette fordi representanten for billettavdelingen, gruppen som ble sterkest berørt av planen, ikke gikk med på opplegget mens de andre lokale representantene handlet ut fra egne avdelingers interesser. Dessuten mente mindretallet at prosessen var oversiktlig og at en vurdering av avdelingene samlet ikke ville innebære mye merarbeid, noe som var hovedpoenget til flertallet. De mente derfor at oppdelingen ikke var nødvendig for å sikre en rask og effektiv prosess.

Lagmannsretten går svært langt i å tillate avdelingsvis skjerming. Selv om Arbeidsrettens dom av 19.06.2006 kan synes å anerkjenne dommen, kan jeg ikke si meg enig med flertallets begrunnelse. Når de legger avgjørende vekt på en effektiv gjennomføring får man inntrykk av at de ikke har vurdert den aktuelle oppsigelsen konkret. Hvis dette har vært avgjørende, slik de påpeker, er det lite igjen av det individuelle stillingsvernet. Flertallet tilsidesetter individuelle forhold hos arbeidstaker til fordel for arbeidsgivers oppdeling av

de ansatte, fra normalt en gruppe på 80 personer til to grupper på henholdsvis 20 og 60 personer. Jeg kan ikke se at dette medfører en sådan gevinst at det kan forsvare det urimelige resultatet for arbeidstaker.

I Sparebank Nord-Norge saken skulle man nedlegge en hel filial og si opp samtlige ansatte. I denne saken skulle enhetene opprettholdes, og man sa kun opp enkelte ansatte. Flertallet uttalte at saken *”er svært parallell til Nord-saken. Braathens var også i en prekær økonomisk situasjon som innebar at det raskt måtte foretas nedskjæringer. Selskapet la opp til et opplegg for dette i nært samarbeid med organisasjonene, som ikke hadde vesentlige innvendinger til opplegget.”*

Ulikhetene mellom sakene er av underordnet betydning. En rekke av de samme momentene som var utslagsgivende for Sparebanken Nord-Norge dommen listes opp. Dette tyder på at momentene i vesentlig grad vil være de samme uavhengig av om man avvikler enhetene, eller bare kutter bemanningen. Samtidig betyr det at Sparebank Nord-Norge dommen, som er svært konkret begrunnet, har momentene som kan anses som vilkår for avgrensningen av utvelgeskretsen.

Videre kom flertallet med følgende uttalelse:

”Også i vår sak var det nødvendig at opplegget ble gjennomført konsekvent for at tidsskjemaet skulle holde. Dersom det generelt ble åpnet for individuelle tilpasninger der rimelighet tilsa det, ville det kunne forsinke prosessen vesentlig.”

Det kan synes usikkert om man her avskjærer den individuelle vurderingen helt, eller om man anvender dette som et argument i interesseavveiningen. Det kommer frem av mindretallets votum at flertallet ikke foretar en interesseavveining mellom virksomhetens behov for å foreta nedbemanningen som planlagt, og oppsigelsens rimelighet for arbeidstaker. Mindretallet vurderer oppsigelsen konkret, og utvelgeskretsen blir dermed ikke gjenstand for en egen saklighetsvurdering.

Også i en rekke andre avgjørelser foretar retten en egen saklighetsvurdering av utvelgelseskretsen. Nedenfor vil jeg kort nevne noen av disse.

Når en nedbemanning i Posten kom opp i RG-2005-784-Frostating uttalte lagmannsretten at fellesstaben og de spesifikke staber skulle ses på som del av samme utvelgelseskrets. Bakgrunnen var at stabsfunksjonene var innenfor samme forretningsområde, og at oppdelingen ikke hadde noen etablert og langvarig historie. Stabene var dessuten plassert i samme lokaler. Med dette som grunnlag uttalte lagmannsretten at de ikke kunne se noen *”rimelig grunn”* til å behandle stabene som ulike enheter. Med andre ord mente lagmannsretten at man hadde anledning til å begrense utvelgelsen til en bestemt krets.

Noe annet var resultatet etter en ny nedbemanning i Posten behandlet ved Borgarting lagmannsretts dom av 23.10.2006. Her aksepterte flertallet en utvelgelseskrets på 6 stillinger i et konsern med over 20 000 ansatte. Posten hadde gjennom tariffavtale avgrenset utvelgelseskretsen til den enkelte enhet med personalansvar. Retten uttalte at det følger av rettspraksis at det er *”adgang til å begrense utvalgskretsen til deler av virksomheten dersom det foreligger saklig grunnlag for dette.”* Det ble lagt vekt på at praksisen som ble fulgt var i overensstemmelse med avtale inngått med fagforeningen og for øvrig i samsvar med praksis fra tidligere nedbemanning. Samtidig talte Postens størrelse og struktur, behovet for begrensning av uro og uforutsigbarhet hos de ansatte, samt den ellers kompliserte prosessen, for begrensning i kretsen.

Jeg mener retten ved en så liten utvelgelseskrets i realiteten avskjærer den individuelle behandlingen, og at dommen derfor går for langt. Det virker for øvrig som om man mener dette problemet avhjelpes ved retten til annet passende arbeid. I en fersk tingrettsdom påpeker flertallet at det kan oppstå konkret urimelighet dersom man slavisk følger en avdelingsvis ansiennitetsvurdering, men at dette vil avhjelpes av tariffavtalen og retten til

annet passende arbeid.³⁰ Denne uttalelsen er nødvendigvis ikke helt riktig. Rettspraksis har gitt klart uttrykk for at retten til annet passende arbeid kun gjelder for ledige stillinger i virksomheten. Man kan således ikke konkurrere om besatte stillinger, og det er heller ikke krav om at arbeidsgiver oppretter nye stillinger for den oppsagte.

I en dom av Tønsberg byrett 21.01.1998³¹ fant retten en saklig og nødvendig grunn til å vurdere to avdelinger atskilt.

Ledelsen la ned hele produksjonen i Stavern og sa opp alle de ansatte uten å berøre selskapets avdeling i Andebu. Fabrikkene hadde tidligere vært to atskilte selskaper, og de hadde lite til felles annet enn eierfellesskapet. Produksjon og kompetanse var helt ulik.

Selskapenes uavhengige stilling ble ilagt vekt. Avgjørende for retten var likevel at det ikke ville være mulig for arbeiderne fra Stavern å gå direkte inn i produksjonen i Andebu. Det ville være et behov for opplæring som i stor grad ville svekket effektiviteten i produksjonen. 13 av 15 produksjonsarbeidere måtte byttes ut hvis man skulle foreta en felles ansiennitetsvurdering. Dette ville kunne medføre betydelig risiko for avdelingen i Andebu. Videre la retten vekt på at fagforeningen i Stavern var enig om at oppsigelsene skulle begrenses til de ansatte i produksjonen der.

Det er en kjensgjerning at man i juridiske teori anvender dommer slik at de fungerer som argument for en hevdet rettssetning.³² Dommer kan støtte slike rettssetninger uten å være noe direkte prejuridikat for disse. Det finnes en rekke eksempler på at juridisk teori med grunnlag i rettspraksis har utformet rettssetninger som senere har blitt anerkjent og anvendt i etterfølgende praksis. Man bruker her en konstruert ratio decidendi.³³ Dvs. at man

³⁰ Øvre Romerike tingrett 26.10.06

³¹ RG-1998-1415-Tønsberg

³² Eckhoff(2001)s.171

³³ Fleicher(1965)s.189

konstruerer en begrunnelse som i realiteten også passer til avgjørelsene, til tross for at domstolen selv ikke anvender denne begrunnelsen.

Selv om man skulle komme til at Sparebank Nord-Norge dommen ikke hjemler begrensningen i utvelgelseskretsen i en saklighetsvurdering, kan det argumenteres for at det har pågått en utvikling i rettstilstanden som medfører at det i dag foreligger et hjemmelsgrunnlag i saklighetskravet.

Ved å avgrense utvelgelseskretsen blir det færre arbeidstakere som konkurrerer mot hverandre. Dette innebærer at enkelte arbeidstakere blir skjermet for konkurranse. Skjermingen styrker oppsigelsesvernet for enkelte ved at man holdes utenfor den krets hvor utvelgelsen foretas. Samtidig svekkes oppsigelsesvernet for andre ved at det er færre som konkurrerer ved utvelgelsen. Sannsynlighet for oppsigelse øker innenfor utvelgelseskretsen. Man kan hevde at i det lange løp utjevnes denne forskjellen ved at arbeidstakeren som sitter med et svekket vern i en prosess har fått eller vil få styrket sitt vern som følge av skjermingen i en tidligere eller senere prosess. Dette forutsetter at arbeidsgiver ikke anvender usaklige kriterier ved utarbeidelsen av utvelgelseskretsen. En slik forståelse taler for at man anvender et saklighetskrav som hjemmelsgrunnlag for avgrensning av utvelgelseskretsen.

Underrettspraksis og juridisk teori opererer med en tese om at så lenge det foreligger saklig grunn til å begrense utvelgelseskretsen, kan ikke denne svekkelsen av stillingsvernet for den enkelte medføre at forskjellsbehandlingen danner grunnlag for tilsidesettelse av oppsigelsen.

Jeg mener at man ved å flytte saklighetsvurderingen fra den konkrete oppsigelse til spørsmålet om utvelgelseskrets forenkler problemstillingen betydelig.

En slik forståelse innebærer at man foretar en selvstendig vurdering av utvelgelseskretsen. Under saksbehandlingen ved større nedbemanninger vil dette være et nødvendig skritt.

Men en selvstendig juridisk vurdering vil ikke være i samsvar med kravet om individuell behandling. Valg av utvelgelseskrets vil derfor ikke være et eget spørsmål knyttet til vurderingen av oppsigelsen.

Utvelgelseskretsen innebærer at ikke alle de ansatte blir vurdert opp mot hverandre. Dette svekker det individuelle oppsigelsesvernet. Man vil derved lett komme i en situasjon hvor hensynet til en effektiv gjennomføring av prosessen vil medføre et urimelig utfall for den enkelte. Her stilles det individuelle oppsigelsesvernet opp mot en effektiv prosess.

Lovens krav om individuell vurdering av arbeidstakers situasjon står sterkt i norsk rett. Ved prøvelse av en oppsigelse, vil domstolen først vurdere om det generelt sett foreligger saklig grunnlag for å gå til oppsigelse. Deretter vil domstolen prøve om det var saklig å gi oppsigelsen til arbeidstakeren. Dersom domstolen ut fra en helhetsvurdering finner at det er mer nærliggende at noen andre i virksomheten mottar oppsigelse, vil oppsigelsen være usaklig. Det er derfor svært viktig at alle arbeidstakerne blir vurdert opp mot hverandre. Hvis arbeidsgiver ikke har gjort en slik vurdering er det en indikasjon på at oppsigelsen ikke er fattet på et forsvarlig grunnlag. Sviktende faktisk grunnlag ved oppsigelsen er et selvstendig grunnlag for tilsidesettelse, dersom feilen kan ha innvirket på utfallet av vurderingene som er foretatt.

I og med at domstolen skal prøve oppsigelsene på individuelt grunnlag er det ikke tilfredsstillende kun å foreta en selvstendig saklighetsvurdering av utvelgelseskretsen. Jeg mener at det strider med arbeidsmiljøloven å avskjære den individuelle vurderingen av den enkelte arbeidstaker. Det blir derfor misvisende å si at det er rettslig adgang til å begrense utvelgelseskretsen til deler av virksomheten der dette er saklig begrunnet. Saklighetskravet knytter seg direkte til hver enkelt oppsigelse.

Når en oppsigelse forelegges domstolen til vurdering, skal domstolen vurdere sakligheten konkret. Domstolen skal da vurdere om vedkommende har bedre forutsetninger enn andre for å beholde jobben. Her vil domstolen måtte vurdere alle ansatte innen virksomheten opp

mot hverandre. Virksomhetens behov for kvalifikasjoner i de enkelte stillingene vil kunne danne grunnlaget for utvelgelsen av de ansatte. De ansatte skal da vurderes innenfor samtlige grupper hvor de er kvalifisert.

Forhold på virksomhetens side vil være saklige momenter som taler for at arbeidstakeren som isolert sett har bedre forutsetninger enn en annen likevel må gå. Det skal imidlertid svært mye til for at disse momentene blir utslagsivende. Et tilfelle vil være der selskapets øvrige arbeidsplasser står i fare, og det er et pressende behov for rask avklaring. Her vektlegges håndteringshensynet, dvs. behovet for i enkelte tilfeller å kunne dele opp kretsen til en håndterbar masse. I teorien blir slike momenter trukket frem som argument for å begrense utvelgelseskretsen. I stedet bør disse momentene vurderes opp mot den enkelte arbeidstaker, og ikke i en selvstendig vurdering av utvelgelseskretsen. De individuelle forholdene veies da opp mot virksomhetens behov for avgrensning i den konkrete saken. Først når dette gjøres oppfylles kravet om en individuell vurdering av oppsigelsen.

I den grad det er adgang til å skjerme enkelte ansatte, vil det være ved inndelinger i ulike grupper basert på valg av utvelgelseskriterier. Først og fremst vil dette være kvalifikasjoner, hvor man vurderer de ansatte ut fra hvilket arbeide de er skikket til. De som ikke fikk jobb innenfor en gruppe, skal også vurderes i forhold til en annen gruppe hvis dette er arbeid de er skikket til.

Som regel vil man skille mellom de ulike yrkesgruppene, ettersom arbeidsgiver kan ha spesielle behov for å binde til seg enkelte arbeidstakere fordi tap av deres kompetanse kan skape driftsproblemer.³⁴ Inndeling kan i visse tilfeller foretas etter hvilke oppgaver avdelingen utfører, dette for ikke å skade bedriften med overføringer mellom avdelingene som medfører ressurskrevende opplæring.³⁵ I Smevik drilling, RG-1989-745-Gulating, var kompetanse avgjørende for at ansiennitet i et annet selskap i konsernet ikke skulle få

³⁴ Se Rt-1986-879

³⁵ Se RG-1990-1098-Frostating

betydning, mens i RG-1993-355-Frostating ble en vaskehjelp oppsagt til fordel for en resepsjonist fordi rengjøringsarbeidet ikke stilte krav til spesielle kvalifikasjoner. Forhold som dette vil være avgjørende for betydningen av avdelingsansiennitet, som derved kan hevdes å være et spørsmål om kompetanse.

5.1 Forholdet til tariffavtaler

Det er et alminnelig vilkår i de fleste tariffavtaler at arbeidsgiver skal ta utgangspunkt i ansiennitet ved utvelgelse. I RG-2005-784-Frostating krevde tariffavtalen saklig grunn for fravikelse av ansiennitetsprinsippet. Retten påpeker at dette *”innebærer at ansiennitet ikke bare er et relevant moment som det kan legges vekt på, men at det bare kan fravikes dersom det foreligger saklig grunn. Hovedavtalen blir dermed en utfyllende bestemmelse til arbeidsmiljøloven §60 og medfører at arbeidsgiver har plikt til å foreta en konkret vurdering av behovet for å fravike ansiennitetsprinsippet.”* Denne forståelsen er i samsvar med gjeldende rett. En tariffavtale vil derfor kunne innebære en ytterligere begrensning i arbeidsgivers styringsrett ved nedbemanninger.

I Arbeidsrettens dom av 19.06.2006 tilsidesatte flertallet oppsigelsen fordi nedbemanningsplanen som var utarbeidet i samarbeid med de tillitsvalgte var i strid med de overordnede prinsippene i tariffavtalen. Dommen ble avsagt med dissens 4-3. Avgjørelsen illustrerer at tariffavtalen, og derved også loven, begrenser hva som kan avtales lokalt mellom arbeidsgiver og de tillitsvalgte.

Etter anbudstap måtte et busselskap omorganisere og nedbemanne. Trafikkkontoret på Skøyen ble redusert fra elleve til tre ansatte. Tariffavtalen fastsatte at de ulike stillingskategoriene skulle vurderes opp mot hverandre. Trafikkkontoret hadde syv ansatte under kategorien arbeidsledere. En driftssjef, en bemanningsleder og fem trafikkledere. Ledelsen og de tillitsvalgte hadde blitt enige om å anvende et prinsipp om gjenkjenning. Dette innebar en ytterligere innskrenkning i utvelgelseskretsen, da fem ansatte konkurrerte om trafikklederstillingen, istedenfor at syv konkurrerte om tre arbeidslederstillinger.

Flertallet mente at tariffavtalens krav om saklig grunn for ansiennitetsfravik, innebar en konkret vurdering og avveining av ulike forhold og hensyn. Tariffavtalen hindret således partene på lokalt plan å avtale utvelgelseskriterier som ekskluderer ansiennitetshensyn. Mindretallet viste til Rasmussen-Offshore saken, [Rt-2001-71](#), hvor Høyesterett uttaler at domstolen skal være varsom med å tilsidesette avtaler mellom partene i arbeidslivet. I saken hadde partene blitt enige om fastsettelse av kriterier for ansiennitetsberegningen. Flertallet i Arbeidsretten påpekte at dette forholdet var av mindre prinsipiell betydning, og at uttalelsen således har liten vekt ved spørsmål av mer prinsipiell betydning som i denne saken. Selv om arbeidsgiver/arbeidsgiverorganisasjonene og arbeidstakerorganisasjonene anses som likeverdige parter, kan ikke sistnevnte fraskrive medlemmenes oppsigelsesvern forut for oppsigelse. Dette fordi tariffavtalene er et supplement, og ikke et substitutt til aml.

Flertallets votum illustrerer også betydningen av den individuelle vurderingen ved fastsettelsen av utvelgelseskretsen som jeg har drøftet ovenfor. I spørsmålet om utvelgelseskrets innen tariffavtalens område, påpekte de at en oppdeling av ansatte i grupper forutsetter en saklig grunn for å fravike ansiennitet. Utenfor tariffavtalens område vil dette som vist bero på en alminnelig saklighetsvurdering. Ved denne avveiningen fremhever flertallet nødvendigheten av en individuell vurdering, noe mindretallet er uenig i. Flertallet mener det skal foretas en konkret vurdering av den ansatte, og en avveining av ansiennitetshensyn mot andre relevante hensyn. Videre er dommen uklar i premiss 76. Det kan tolkes slik at flertallet mener utvelgelseskretsen kan begrenses uten noen konkret vurdering når særlige forhold eller hensyn taler for det, og at slike forhold blant annet vil være at prosessen er svært tidkrevende, og at det foreligger en akutt økonomisk situasjon i forholdet. Med andre ord forhold som tilsier en snever tolkning av virksomhetsbegrepet. En slik tolkning forholder seg ikke til realiteten i avgjørelsen. Flertallet gir ingen anvisning på en eventuell rekkevidde, og uttalelsen kan anses som et generelt forbehold for ikke å binde retten unødig.

I en lagmannsretts dom, RG-1990-1098-Frostating, kom retten til at tariffavtalen rettslig forpliktet bedriften til å følge ansienniteten, med mindre vilkårene ikke var like.

Nedgang i bygg- og anleggsbransjen medførte svikt i ordretilgangen for et betongselskap. Ved oppsigelsene fravek man ansiennitet for seks av de oppsagte. Bedriften var bundet av hovedavtalen som sa at ansiennitet skulle følges ved ellers like vilkår.

I realiteten betyr dette at ansiennitet er utgangspunktet for vurderingen. Hvis derimot vilkårene er ulike, vil ansienniteten kun være et moment i vurderingen av oppsigelsens saklighet. Ansiennitetens vekt vil da som ellers bero på dens lengde. Retten uttalte at de samme hensyn som vil kunne medføre fravikelse av ansiennitet, også kan tillate *”avdelingsvise oppsigelser, dersom det ville medføre vesentlige driftsmessige farer eller ulemper å overføre de ansatte fra en avdeling til en annen.”* Det er da nærliggende å forstå at man ved anvendelse av de samme hensyn, også foretar den samme saklighetsvurdering som ved ansiennitetsfravik.

I Hålogaland lagmannsretts dom av 26.03.2004 ble oppsigelsen av en arbeidstaker i Bravida, en utskilt enhet i Telenor, kjent ugyldig.³⁶

Oppsigelsen kom som følge av redusert omsetning etter at Telenors monopol på leveranser av tjenester ble opphevet. Omfanget og nødvendigheten av nedbemanningen var ikke bestridt, men tvisten gjaldt utvelgelsen av den bestemte arbeidstaker.

Retten uttaler at *”[u]t over det generelle saklighetsprinsipp i arbeidsmiljøloven §60, har ikke loven særlige bestemmelser om kriterier for utvelgelsen av de ansatte som sies opp.”* Bravida var bundet av en tariffavtale som krevde saklig grunnlag for å fravike ansiennitet ved utvelgelsen. Retten påpekte at dersom *”vesentlige driftsmessige hensyn tilsier det, kan oppsigelser foretas avdelingsvis”*. Her presenteres også et skjerpet saklighetskrav som er strengere enn det loven stiller for oppsigelser. Retten viser i denne sammenheng til Sparebanken Nord-Norge dommen, Jakhellns artikkel³⁷, og Fougner³⁸. Retten presiserte

³⁶ LH-2003-13169

³⁷ Jakhelln(1967)

dette ved å si at *”kriteriet må vurderes konkret ut fra den aktuelle situasjonen. Herunder må det vurderes om en annen løsning ville medføre vesentlige driftsmessige farer eller ulemper for virksomheten”*. Videre kreves det at *”saksbehandlingen har vært forsvarlig, og om kriteriet konkret gir det utslag at det tariffestede ansiennitetsprinsippet i praksis mister sin betydning eller svekkes ut over tariffavtalens forutsetninger.”*

Kravet til vesentlige driftsmessige farer eller ulemper i de to nevnte dommene, innebærer at det må være strengt nødvendig å anvende avdelingsvise oppsigelser. I den grad det legges opp til en selvstendig vurdering av utvelgelseskretsen er jeg uenig i dette, men det kan også leses som et alminnelig skjerpet saklighetskrav forutsatt konkret interesseavveining. Det skjerpede saklighetskravet støtter tanken om at det skal svært mye til for å kunne begrense kretsen. Etter min mening vil det her være naturlig å trekke paralleller til kravet om særskilt grunnlag.

I Bravidasaken uttalte retten at ansiennitet også kunne *”beregnes for en mer avgrenset del av virksomheten dersom det foreligger særskilt rettslig grunnlag for det, eksempelvis i tariffavtale.”* Det siktes her til tolkningen av virksomhetsbegrepet.

De tariffavtaler som fastsetter ansiennitet som det normerte utvelgelseskriterium, har egentlig ikke stor betydning utover å fastsette utgangspunktet. Det kan argumenteres for at ansiennitet skal ilegges noe sterkere vekt enn ellers, men de øvrige momenter vil også ha gjennombruddskraft. I vurderingen om fravikelse av ansiennitet, og saklighetsvurderingene utenfor tariffområdet, er ansiennitet kun et av mange vurderingsmomenter. Likevel har det vist seg at selv avtaler som de tillitsvalgte har vært med å utarbeide har stått i så klar strid med det overordnede ansiennitetsprinsippet at de har blitt satt tilside. I slike tilfeller gjør man ikke annet enn å finne at momentene for saklighet ikke er tilstrekkelige vektige. Det skal en god del til før man setter tilside avtaler inngått med de tillitsvalgte.³⁹ En slik

³⁸ Fougner(2003)

³⁹ Dette problemet reiser igjen spørsmålet om i hvilken grad uttalelser og avtaler fra de tillitsvalgte binder den enkelte ansatte, noe jeg ikke har anledning til å gå nærmere inn på her.

tilsidesettelse viser at avtalen med tillitsvalgte kun er et moment i vurderingen av oppsigelsen.

6 Annet passende arbeid

I §15-7 annet ledd første punktum står det: *"Skyldes oppsigelsen driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, er den ikke saklig begrunnet dersom arbeidsgiver har et annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstaker."* Bestemmelsen er utviklet i rettspraksis, og kodifisert i aml.(1977).

Hvis det er adgang til å gå til oppsigelse, og arbeidsgiver har bestemt hvem som skal sies opp, skal arbeidsgiver likevel søke å finne annet arbeid i virksomheten. Finnes det slikt arbeide, kan arbeidsgiver likevel ikke si opp den ansatte. Bestemmelsen fungerer som en sikkerhetsventil og kan ses i sammenheng med fortrinnsretten i §14-2. Det kan hevdes denne bestemmelsen kun er en presisering av saklighetskravet.⁴⁰ Selv om vurderingene kan være sammenblandet ved at utvelgelse og annet passende arbeid overlappe hverandre, mener jeg at sistnevnte skal vurderes separat fra saklighetsvurderingen etter første ledd.

Dette fordi bestemmelsen ellers vil miste sin betydning som sikkerhetsventil og selvstendig vurderingskriterium. Et annet poeng er at arbeidstaker ved aksept av ny stilling normalt skal få en endringsoppsigelse fra sitt gamle arbeidsforhold, og inngå ny kontrakt med arbeidsgiver. Dersom endringsoppsigelse ikke var nødvendig ville arbeidsgiver kunne ha flyttet arbeidstaker i kraft av styringsretten, og oppsigelse ville da ikke vært nødvendig.

Rammen for avveiningen av annet passende arbeid beror på en tolkning av hvem som anses som *"arbeidsgiver"* og hva som anses som *"virksomheten"*.

⁴⁰ Fanebust(1995)s.155

Som vist ovenfor skal ”*arbeidsgiver*” forstås som det rettssubjekt arbeidstakeren er ansatt i, dvs. arbeidstakeres motpart i arbeidskontrakten, med mindre det finnes særskilt grunnlag for en videre forståelse.

Virksomhetsbegrepet har ingen legaldefinisjon, noe som innebærer at begrepet skal tolkes i hver enkelt bestemmelse med grunnlag i den aktuelle rettsregels formål.

Området for annet passende arbeid vil derfor kunne være videre enn området for utvelgelseskretsen, selv om man opererer med samme begrep. En rekke av de hensyn som taler for begrensning av utvelgelseskretsen vil ikke gjøre seg gjeldende i forhold til det området som dekker annet passende arbeid. Arbeidsgivers behov for begrensninger er mindre fremtredende her, i det området hvor man skal vurdere de ledige stillingene i virksomheten er betraktelig mindre. Behovet for en rask avklaring vil normalt sett ikke gjøre seg like gjeldende som for utvelgelsen.

Tolkningen av virksomhetsbegrepet vil således kunne gi ulike resultater i §15-7 første og annet punkt. Dette fordi man kan operere med ulikt innhold i virksomhetsbegrepet. Rettspraksis taler for at man kan benytte et videre virksomhetsbegrep i spørsmålet om annet passende arbeid. I Wärtsilä saken var ikke virksomhetsbegrepet kun begrenset til datterselskapet, mer omfattende alle geografisk atskilte deler av virksomheten. I Agder lagmannsretts dom av 20.12.1984⁴¹ skulle man vurdere behovet til den nye eieren selv om oppsigelsen kom før selve overdragelsen av selskapet.

Fougner⁴² gir uttrykk for at Sparebanken Nord-Norge dommen taler for en saklighetsvurdering ved bedømmelsen av området for annet passende arbeid. Etter min mening skal dommen tolkes annerledes. I dommen godtar man filialene som utgangspunkt for utvelgelsen, ved at det er de ansatte i de nedlagte filialene som mister jobben. Videre godtar retten at avdelingskontorene og de underliggende filialene vurderes som område for

⁴¹ NAD 1984-1985 s.404

⁴² Fougner(2003)s.205

annet passende arbeid. I lys av dette og vurderingen av dommen i overfor, mener jeg at retten tolker virksomhetsbegrepet ved fastsettelse av området for annet passende arbeid.

Begrensningen i kretsen for annet passende arbeid baserer seg derfor ikke på saklighetsvurderingen. Ved å foreta den samme saklighetsvurderingen i begge bestemmelsene vil annet ledd ikke lenger fungere som et selvstendig vurderingskriterium og dermed miste funksjonen som sikkerhetsventil.

7 Konklusjon

Jeg mener at det ikke eksisterer noen adgang til å foreta en selvstendig vurdering av utvelgelseskretsens saklighet. En slik adgang ville svekket stillingsvernet til de ansatte ved at området for utvelgelse ble innsnevret uten en individuell vurdering av oppsigelsene. Man må vurdere den enkelte oppsigelse, og ut fra dette foreta en interesseavveining mellom arbeidstaker, arbeidsgiver og virksomhetens forhold. Denne avveiningen kan medføre at en arbeidstaker som isolert sett har bedre forutsetninger enn en annen, likevel må gå fordi forhold i virksomheten taler for avgrensning i ulike utvelgelseskretser.

Virksomhetsbegrepet setter den ytre rammen for saklighetsvurderingen. Begrepet omfatter i §15-7 som hovedregel hele arbeidsgivers aktivitet. Som redegjort for i denne oppgaven vil utgangspunktet i enkelte tilfeller modifiseres, enten ved at man legger til grunn et snevrere virksomhetsbegrep enn den samlede aktivitet, eller ved at man i konsernforhold finner at det foreligger felles arbeidsgiveransvar.

8 Litteraturliste

8.1 Bøker

- Borgerud m.fl.* Borgerud, Ingerborg Moen, Dalheim, Trond, Ytre-Arna, Rune. *Kommentarer til arbeidsmiljøloven. I: Norsk lovkommentar* note 31.
- Dege(1995)* Dege, Jan Tormod. *Arbeidsgivers styringsrett, Ytre rammevilkår og arbeidsavtalen*. Oslo, 1995.
- Dege(1997)* Dege, Jan Tormod. *Arbeidsgivers styringsrett, Oppsigelse og avskjed: den spesielle del*. Oslo, 1997.
- Dege(2003)* Dege, Jan Tormod. *Arbeidsrett, Rettigheter og plikter i arbeidsforhold*. Oslo, 2003.
- Echoff(2001)* Echoff, Thorstein og Helgelsen, Jan, *Rettskildelære*. 5. utgave, Oslo, 2001.
- Fanebust* Fanebust, Arne. *Oppsigelse i arbeidsforhold*. 3.utgave, Oslo, 1995.
- Fougner(1999)* Fougner, Jan. *Arbeidsavtalen: utvalgte emner*. Oslo, 1999.
- Fougner(2003)* Fougner, Jan. *Omstilling og nedbemanning*. Oslo, 2003.
- Fougner/Friberg/Holo* Fougner, Jan, Friberg, Odd, og Holo, Lars. *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*. 7.utgave, Oslo, 1998.
- Fougner/Holo* Fougner, Jan og Holo, Lars. *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*. Oslo, 2006.
- Jakhelln* Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 4.utgave, Oslo, 2006.

| | |
|----------------------|---|
| <i>Jakhelln/Aune</i> | Jakhelln, Henning og Aune, Helga. <i>Arbeidsrett.no: Kommentarer til arbeidsmiljøloven</i> . 2.utg, Oslo, 2006. |
| <i>Jakhelln/Evju</i> | Jakhelln, Henning og Evju, Stein. <i>Arbeidsrettslige emner</i> . Oslo, 1979. |
| <i>Larsen</i> | Larsen, Per Arne. <i>Kommentarer til arbeidsmiljøloven av 1977</i> . I: Norsk lovkommentar note 10. |

8.2 Artikler

| | |
|-----------------------------|---|
| <i>Fevang og Røed(2006)</i> | Elisabeth Fevang og Knut Røed, <i>Veien til uføretrygd i Norge</i> . Stiftelsen Frichsenteret for samfunnsøkonomisk forskning Rapport 10/2006. |
| <i>Fleischer</i> | Fleischer, Carl August. <i>Anvendelse og fortolkning av dommer</i> . I: Jussens Venner, 1965, s.146-213. |
| <i>Jakhelln(1967)</i> | Jakhelln, Henning. <i>Ansiennitetshensyn ved oppsigelse i arbeidsforhold</i> . I: Lov og Rett, 1967, s.122-134. |
| <i>Rege m.fl.(2005)</i> | Ketil Telle, Mari Rege og Mark Votruba The Effect of Plant Downsizing on Disability Pension Utilization, I: Discussion Papers No. 435 , Statistisk sentralbyrå, 2005. |

9 Lovregister

| | |
|---------------------|--|
| <i>Aml.</i> | <i>Lov 17. juni 2005 nr 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v.</i> |
| <i>Aml.(1977)</i> | <i>Lov 4. februar 1977 nr 4 om arbeidsvern og arbeidsmiljø m.v. opphevet.</i> |
| <i>Arbvl.(1936)</i> | <i>Lov 19. juni 1936 nr 8 om arbeidervern, opphevet.</i> |

10 Direktiv

75/129/EØF

EFs rådsdirektiv av 17.02.1975

11 Rettspraksis

11.1 Høyesterettsdommer/kjennelser

Rt 1937 21

Rt 1986 879

Rt 1987 1412

Rt 1988 476

[Rt 1989 231](#) *Exploration logging*

[Rt 1989 508](#)

[Rt 1990 1126](#) *Wärtsilä*

[Rt 1991 330](#)

[Rt 1992 776](#) *Sparebanken Nord-Norge*

[Rt 1993 490](#) *Reksten*

[Rt 1993 345](#)

Rt 1997 623 *PPD-dommen*

Rt 1998 1357

[Rt-2001-71](#) *Rasmussen Offshore*

11.2 Lagmannsrettsdommer

NAD 1984-1985 s.404

Agder lagmannsrett dom av 20.12.1984

RG 1989 745 Gulating

RG 1990 1098 Frostating

RG 1993 355 Frostating

LB-199-2678

Borgarting lagmannsretts dom av 15.12.2000

| | |
|-------------------------|--|
| LB-2001-1965 | Borgarting lagmannsretts dom av 21.01.2002 |
| RG 2002 1551 Frostating | |
| LH-2003-13169 | Hålogoland lagmannsretts dom av 26.03.2004 |

| | |
|------------------------|--|
| RG 2004 255 Frostating | |
| RG 2004 222 Borgarting | |
| RG 2005 784 Frostating | |
| LB-2005-14590 | Borgarting lagmannsretts dom av 14.02.2006 |
| LB-2005-182490 | Borgarting lagmannsretts dom av 23.10.2006 |

11.3 Tingrettsdommer

| | |
|-----------------------------------|------------------------------------|
| RG 1998 1415 | Tønsberg byretts dom av 21.01.1998 |
| Øvre Romerike tingrett 26.10.2006 | |

11.4 Dommer i Arbeidsretten

| | |
|-------------|----------------------------------|
| ARD-2006-12 | Arbeidsrettens dom av 19.06.2006 |
|-------------|----------------------------------|

12 Offentlige dokumenter

Kommunal- og regionaldepartementets høringsbrev av 27.08.1998.

| | |
|---------------------|---|
| NOU 1995:17 | <i>Om organisering av kommunal og fylkeskommunal virksomhet.</i> |
| NOU 1996:6 | <i>Arbeidstakeres stilling i konsernforhold m.v.</i> |
| NOU 2004:5 | <i>Arbeidslivslovutvalget Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.</i> |
| Ot.prp.nr. 31(1935) | <i>Om å utferdige lov om tilsyn med arbeid.</i> |

| | |
|------------------------------|---|
| Ot.prp.nr. 3 (1975-1976) | <i>Om lov om arbeidsvern og arbeidsmiljø m. v.</i> |
| Ot.prp.nr. 41 (1975-1976) | <i>Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m. v. i lov om arbeidsvern og arbeidsmiljø.</i> |
| Ot.prp.nr. 71 (1991-1992) | <i>Om lov om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet m. v. som følge av en EØS-avtale.</i> |
| Ot.prp.nr. 64 (2001-2002) | <i>Om lov om endringer I lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidsvern og arbeidsmiljø m. v. (informasjon om ledige stillinger).</i> |
| Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) | <i>Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).</i> |
| Innst.O. nr. 100 (2004-2005) | <i>Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).</i> |
| Besl.O. nr. 96 (2004-2005) | <i>Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).</i> |

13 Vedlegg

| | |
|---|---|
| Innst.O. nr. 100 (2004-2005) kap 13.1.1.1 | <i>Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)</i> |
|---|---|

Komiteens endringsforslag:

§1-9 Arbeidsgiver

(1) Med arbeidsgiver menes i denne lov enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste. Det som i denne lov er bestemt om arbeidsgiver, skal gjelde tilsvarende for den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten.

(2) Som arbeidsgiver etter denne lov anses dernest ethvert annet foretak som kan utøve bestemmende innflytelse over arbeidsgiver etter første ledd. Kan bestemmende innflytelse utøves av en gruppe av foretak, eller av foretak knyttet til slik gruppe, anses alle de foretak

som er knyttet til gruppen av foretak som arbeidsgiver. Som foretak regnes også enkeltpersonforetak og stiftelser.

(3) Andre ledd får ikke anvendelse dersom et foretak eller gruppe av foretak gjør det overveiende sannsynlig at det likevel ikke har vært utøvd bestemmende innflytelse over arbeidsgiver etter første ledd.

(4) Bestemmende innflytelse anses i alle tilfelle for å kunne utøves når et foretak eller gruppe av foretak hos arbeidsgiver etter første ledd

- a) eier så mange andeler av foretakskapitalen at dette gir flertallet av de stemmer som kan avgis, eller*
- b) kan velge eller oppnevne mer enn halvparten av medlemmene i besluttende foretaksorganer, eller*
- c) kontrollerer mer enn halvparten av de stemmer som er knyttet til den del av kapitalen i foretaket som kan treffe de avgjørende beslutninger.*

(5) Andre og fjerde ledd får ikke anvendelse hvor bestemmende innflytelse kan utøves av staten, Statens Bankinvesteringsfond eller Statens Banksikringsfond.